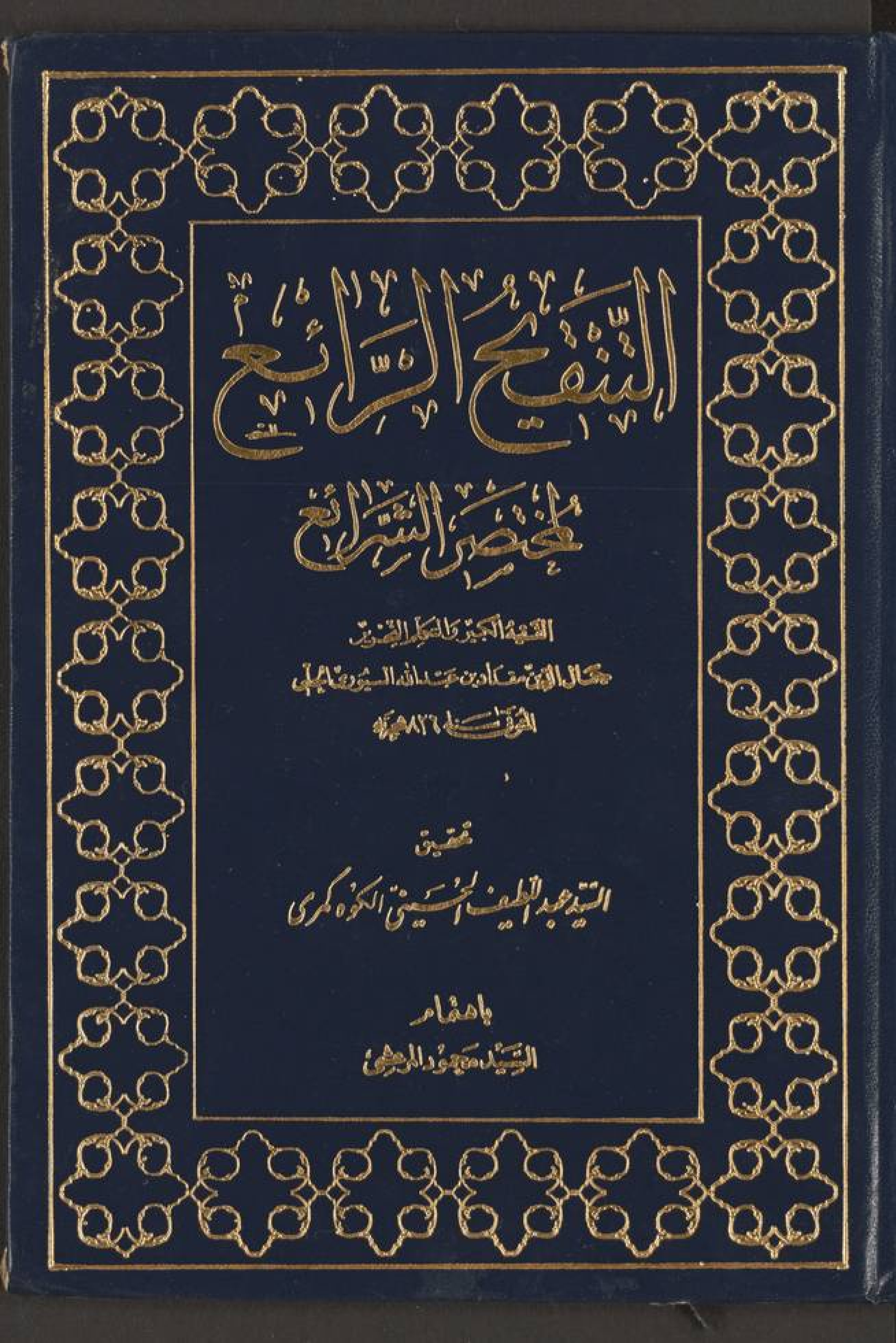

التنقيح الرائع
لمختصر الشرائع
الفقيه الكبير والمتكلم النحرير
جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري الحلي
المتوفى سنة ٨٢٦ هجرية
تحقيق
السيد عبد اللطيف الحسيني الكوه كمري
باهتمام
السيد محمود المرعشي

من مخطوطات
مكتبة آية الله المرعشي العامة

التنقيح الرائع

لمختصر الشرائع

الفقيه الكبير والمتكلم النحرير
جمال الدين مقداد بن عبد الله السيوري الحلي
المتوفى سنة ٨٢٦ هجرية

(الجزء الثاني)

تحقيق
السيد عبد اللطيف الحسيني الكوه كمري

باهتمام
السيد محمود المرعشي

كتاب : التنقيح الرائع لمختصر الشرائع
تأليف : الفاضل المقداد بن عبدالله السيورى
نشـر : مكتبة آية الله المرعشى
طبـع : مطبعة الخيام ـ قم
العدد : (٢٠٠٠)
التاريخ : ١٤٠٤ هـ
الطبعة : الاولى

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب التجارة ، وفيه فصول :

الفصل الاول : فيما يكتسب به

كتاب التجارة ، وفيه فصول : الفصل الاول فيما يكتسب به

قدتقدم تعريف التجارة[1] وأنها عقدمعاوضة مالية محضة للاكتساب . وقيل هي انتقال عين مملوكة من شخص الى آخر بعوض مقدر على جهة التراضي للاكتساب .

فعلى التعريف الاول يكون بين البيع والتجارة عموم من وجه ، يجتمعان في البيع للاعيان المقصود بها التكسب ، ويصدق البيع بدونها كما في تملك أعيان القنية ، ويصدق التجارة بدون البيع كما في التكسب بالمنافع .

وعلى الثاني يكون بينهما عموم مطلق ، فان البيع أعم من أن يقصد به التكسب أو القنية أوالصدقة أو الاكل وغير ذلك . والتجارة هو الاول لاغير .

والاكتساب اما أن يكون من جهة البائع والمشتري أومن جهة أحدهما ، فان كان الاول كان مال تجارة من الطرفين ، ويستحب فيهالزكاة ويثبت فيه أحكام

---

١) راجع اول باب الزكاة : وهو ان المراد به ماملك بعقد معاوضة مالية للاكتساب عندالتملك .

مال التجارة . وان كان الثاني كان مال تجارة بالنسبة الى أحدهما دون الاخر .

ثم التكسب فيه فضل كثير ، قال النبى صلى الله عليه وآله وسلم : الكاد على عياله كالمجاهد في سبيل الله[1] .وغير ذلك من الاخبار .

قوله : والمحرم منه انواع

اعلم أن التجارة تنقسم بانقسام الاحكام الخمسة :

« ١ » الواجب ، وهو ما اضطر الانسان اليه في معاشه ، فانه خلق لاكغيره من الحيوانات بل يفتقر الى المأكل والملبس والمسكن ، فاذا لم يحصل الا بالمعاوضة وجب حصولها بالعقود الشرعية واذا غلب على ظنه البقاء مدة متطاولة وعلم عدم تمكنه من التجارة وقتاً آخر وجب عليه التجارة في هذا الوقت لتحصيل مايحتاج اليه في تلك المدة .

ولايجوز له ترك السعي اعتماداً على التوكل، ولاسؤال الخلق مع تمكنه من السعي ، لان الصدقة الواجبة تحرم عليه والمندوبة تكره .

ولولم يتمكن من السعي وجب السؤال ولم يجز الاتكال .

« ٢ » المندوب ، وهو مالم يضطر اليه بل قصد التوسعة على العيال أواعانة ذوي الحاجة ، وعلم أوظن عدم حصول هذين الابالسعي، فانه يستحب له حينئذ .

« ٣ » المباح ، وهو مالم يضطر اليه ولاقصد به التوسعة والاعانة بل مجرد التزيد في المال ولم يشمل على جهة من جهات القبح، فان ذلك يكون مباحاً .

« ٤ » المكروه ، وهو ما اشتمل على نهي الشرع عنه نهي تنزيه وسيأتي .

« ٥ » المحرم ، وهومانهى الشارع عنه مانعاً من نقيضه ، وذلك اما لاينيته أي وجوده ـ كالبيع من المعتكف والبيع بعد النداء للجمعة ، أولغايته كالتجارة

١) الكافى ٥/٨٨ ، الوسائل ١٢/٤٢ .

(الاول) الاعيـان النجسة ، كالخمر ، والانبـذة والفقاع ، والميتة ، والدم ، والارواث ، والابوال مما لا يؤكل لحمه .

وقيل بالمنع من الابوال مما لا يؤكل لحمه ، وقيل بالمنع من الابوال الا ابوال الابل ، والخنزير والكلاب عدا كلب الصيد .

لتكسب مايشرب به الخمر أو يقارف[1] به المعاصي ، أولموضوعه كالتجارة في الاعيان المحرمة وما لاينتفع به وما هومشتمل على نوع من الضرر ، وغيرذلك .

ولم يذكر المصنف القسمين الاولين هنا : أما الاول فلتقدمه في باب الجمعة والاعتكاف ، وأما الثاني فاعتماداً على ما تقرر في الاصول من تحريم الوسائل بتحريم المقاصد . واقتصر على الثالث .

قوله : الاول الاعيان النجسة كالخمر والانبذة

انما حرم بيعها لانها محرمة الانتفاع وكل محرمة الانتفاع لايصح بيعه : أما الصغرى فاجماعية ، وأما الكبرى فلقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم « لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها »[2]، علل استحقاق اللعنة ببيع المحرم فيتعدى الى كل محرم الانتفاع به ، ولمارواه ابن عباس عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم : ان الله اذاحرم شيئاً حرم ثمنه[3] .

قول : وقيل بالمنع من الابوال الا ابوال الابل

هذا قول الشيخ رحمه الله ، وعلل ذلك باستخباثها وعدم الانتفاع بها بخلاف

---

١) قرف لاهله من باب ضرب واقترف : وهو ما استفدت من مال حلال اوحرام .

٢) سنن ابن ماجة ٢ / ٧٣٢ ، سنن الترمذى ٣ / ٥٩١ وفيهما : قاتل الله اليهود ان الله حرم عليهم الشحوم فأجملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه ، وسنن البيهقى ٦ / ١٣ ، كنز العمال ٤ / ٨٠ .

٣) الخلاف ١ / ٢٢٥ ط طهران ١٣٧٠ ، كنز العمال ٤ / ٨٠ .

أبوال الابل ، فانه ورد الأذن بالانتفاع بها ، كما روي أن أهل عرنة شكوا الى النبى « ص » الجوع والمرض فمنحهم ابلا وقال : : كلوا من ألبانها واستشفوا بأبوالها ، فأخذوها وهربوا ، فطلبهم النبى صلى الله عليه وآله وسلم وأخذهم ومثل بهم[1] .

وقال المرتضى وابن ادريس بجواز بيع أبوال مايؤ كل لحمه ، لانها أعيان طاهرة ينتفع بها انتفاعاً محللا فجاز بيعها ، أما الطهارة فلاجماع الاصحاب وأما الانتفاع فلانه التقدير، وأما جواز البيع حينئذ فلان المانع ليس الا النجاسة وعدم الانتفاع والفرض عدمهما .

وهل حكم العذرات حكم الابوال ؟ الحق أنه لافرق بينهما ، لماعللنا به . وهو مذهب الشيخ في الخلاف وابن ادريس والعلامة في المختلف .

ومنع المفيد وسلار بيع العذرة والابوال كلها الا بول الابل ، لرواية يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام أنه قال: ثمن العذرة من السحت[2] .

أجاب الشيخ بحملها على عذرة الانسان لنجاستها، لما رواه محمد بن مضارب عن الصادق عليه السلام قال : لابأس ببيع العذرة[3] .

قوله : وفى كلب الماشية والحائط والزرع قولان

منع الشيخان من بيع هذه الثلاثة ، وتبعهما القاضي ، لما رواه الوليد

---

١) سنن ابن ماجة ١١٥٨/٢ ، سنن الترمذى ٢٨١/٤ وفيهما : ان اناساً من عرينة قدموا المدينة فاجتووها ، فبعثهم النبى صلى الله عليه وآله وسلم فى ابل الصدقة وقال : اشربوا من أبوالها وألبانها . اللفظ للترمذى .

٢) التهذيب ٣٧٢/٦ ، الاستبصار ٥٦/٣ ، الوسائل ١٢٦/١٢ .

٣) التهذيب ٣٧٢/٦ ، الاستبصار ٥٦/٣ ، الوسائل ١٢٦/١٢ .

والمائعات النجسة عدا الدهن لفائدة الاستصباح .

العماري قال : سألت الصادق عليه السلام عن ثمن الكلب الذي لايصيد. فقال : سحت[1] . ومثله رواه السكوني[2] .

وأجيب بضعف السند وعدم عموم لفظ « الكلب » فيهما ، فيحمل على كلب الهراش .

والحق جواز بيعها كما هومذهب ابن الجنيد وابن ادريس وابن حمزة ، واختاره العلامة لان العلة المبيحة لبيع كلب الصيد هي الانتفاع المحلل ، وهو حاصل هنا عملا بالمقتضي وانتفاء المانع ، ولاصالة الاباحة ، ولان لها ديات مقدرة شرعاً .

ويجوز اجارتها باتفاق الشيخ أيضاً فيجوز البيع لعدم الفارق . وأيضاً قال الشيخ في المبسوط : وروي جواز بيع كلب الماشية والحائط . ومثله لايرسل الاعن ثقة .

قوله : والمائعات النجسة عداالدهن لفائدة الاستصباح

المائعات التي عرض لهاالنجاسة اما أن يكون دهناً أوغيره، والاول يجوز بيعه لفائدة الاستصباح به تحت السماء ، والثاني اما أنيكون قابلا للتطهير أولا والاول يجوز بيعه أيضاً ، والثاني لايجوز .

نعم يشترط في جواز البيع في الاولين الاعلام للمشتري بذلك ، ومع عدم اعلامه يكون قد فعل حراماً والعقد صحيح ويملك البائع الثمن .

---

١) الكافي ١٢٧/٥، التهذيب ٣٦٧/٦ ، الوسائل ٨٣/١٢ وفي الاخير : محمد بن الحسن عن احمد بن ابي عبدالله عن محمد بن علي عن عبدالرحمن بن القاسم عن القاسم ابن الوليدعن الوليد العماري قال : سألت . . . وليس « الوليد العماري » في التهذيب .
٢) الكافي ١٢٦/٥ .

ولا يباع ولا يستصبح بما يذاب من شحوم الميتة وألبانها .

(الثانى) الالات المحرمـة كالعود والطبل والزمر وهياكل العبادة المبتدعـة ، كالصنم والصليب ، وآلات القمـار ، كالنرد والشطرنج .

(الثالث) ما يقصد بـه المساعدة على المحرم كبيع السلاح لاعداء الدين فى حال الحرب ، وقيل مطلقاً ،

واذا عرف المشتري ذلك فيما بعد كان له الفسخ مع عدم التصرف ، ومع التصرف يكون له الارش .

بقي هنا سؤال ، وهو أن دخان الاعيان النجسة عندنا طاهر فأي فائدة لاشتراط تحت السماء ؟ جواب ذلك تعبد شرعي لاغير .

قوله : كبيع السلاح لاعداء الدين فى حال الحرب وقيل مطلقاً

الاول قول ابن ادريس ، واختاره العلامة ، لرواية ابى بكر الحضرمي عن الصادق عليه السلام وقد سأله حكم السراج عما يحمل الى الشام من السروج وآلاتها . فقال : لابأس ، أنتم اليوم بمنزلة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم ، انكم في هدنة فاذا كانت المباينة حرم عليكم أن تحملوا السلاح اليهم[1] .

ومثله في رواية هند السراج عن الباقر عليه السلام التي يقول فيها : احمل اليهم ، فان الله يدفع بهم عدونا وعدوكم ـ يعني الروم ـ فاذا كان الحرب بيننا فمن حمل الى عدونا سلاحاً يستعينون به علينا فهو مشرك[2] .

---

١) التهذيب ٣٥٤/٦ ، الكافى ١١٢/٥ ، الاستبصار ٥٧/٣ ، الوسائل ٦٩/١٢ .

٢) التهذيب ٣٥٤/٦ ، الكافى ١١٢/٥ ، الاستبصار ٥٧/٣ ، الوسائل ٦٩/١٢ .

واجارة المساكن والحمولات للمحرمات ، وبيع العنب ليعمل خمراً ، والخشب ليعمل صنماً ، ويكره بيعه ممن يعمله .

(الرابع) ما لاينتفع به كالمسوخ ، برية كانت كالدب والقرد أو بحرية كالجرى والسلاحف وكذا الضفادع والطافى .

وقال الشيخان والتقي وسلار بالثاني ، وحمل الشيخ الرواية الاولى على ما اذا علمنا أنهم يستعملونها في قتال الكفار كما دلت عليه الرواية الثانية .

وفيه نظر ، لان القيد غيرمذكور في الأولى والثانية دلت على الجواز عند القيد ولم تدل على التحريم عند عدمه الابدليل الخطاب ، وهوضعيف .

فوائد :

(الاولى) اعداءالدين أعم من أن يكونوا مشركين أوبغاة، بل أعم من ذلك فلوباعه على قطاع الطريق وشبههم حرم أيضاً، لان العلة قصدالاعانة على الحرام وهو موجود .

(الثانية) لابد في التحريم من قصد المساعدة ، فلولم يكن ثم قصد كان مكروهاً. وكذا الكلام في بيع العنب ليعمل خمراً والخشب ليعمل صنماً وآلة لهو أوغير ذلك ممايقصد به الحرام .

ويكره الامع القصد اذا كان المشتري ممن يظن استعماله في الحرام .

(الثالثة) لوباع الاشياء المذكورة مع القصد قد قلنا بالتحريم وثبوت الاثم لكن هل يكون العقد صحيحاً ويملك البائع الثمن أم لا ؟ فيه نظر، الاصح صحة العقد وتملك الثمن وثبوت الاثم .

قوله : ما لاينتفع به

ولا بأس بسباع الطير والهر والفهد .

وفى بقية السباع قولان ، أشبههما الجواز .

كل واحد من الاعيان المبيعة لايخلواما أن لايكون فيه نفع بوجه ما من الوجوه أويكون، فان كان الاول فلايجوز بيعه كالخنافس والديدان ، وان كان الثاني فاماأن يكون كل منافعه محللةأوكل منافعه محرمة أويكون بعضها محللا والبعض الاخر محرماً .

فالاول يجوزبيعه اجماعاً، والثاني لايجوز اجماعاً وألحق بمعدوم المنافع والثالث اما أن يعلم أن المقصود منه في نظرعقل المعاش والمعاوضة هوالمنافع المحللة فيجوز [تبعاً] كالعنب أوالمحارم المحرمةفلايجوز كالخمر لاللاستخلال وان لم يعلم شيء من ذلك أشكل الامر وتوقف الفقيه حتى يظهر له وجه يعمل عليه .

قوله : ولاباس بسباع الطير والهر والفهد ، وفى بقية السباع قولان أشبههما الجواز .

يريد بباقي السباع ماعداالثلاثة المذكورة ، فقال المفيد والشيخ في النهاية وسلار وابن الجنيد بالتحريم ، اما لتحريم اللحم أو عدم الانتفاع أوالنجاسة . والكل ضعيف .

وقال الشيخ في المبسوط بالجواز بشرط الطهارة حال الحياة وامكان الانتفاع وتابعه ابن ادريس والمصنف والعلامة . وهوالحق ، لعموم « وأحل الله البيع » ولوجود المقتضي وهو الطهارة والانتفاع لانه الغرض، وانتفاء المانع فانه ليس الاالنجاسة أوعدم الانتفاع والفرض خلاف ذلك ، فانا انما جوزنا بيعها على تقدير الانتفاع بشيء من أعضائها جلدها أوعظمها أوشحمها لمداواة بعض الامراض .

(الخامس) الاعمـال المحرمة ، كعمل الصور المجسمة ، والغناء عدا المغنيـة لزف العرايس ، اذا لم تغن بالباطل ولم تدخل عليها الرجال ، والنوح بالباطل . أما بالحق فجايز .

قوله : كعمل الصور المجسمة

تحريمه بشرطين : أحدهما أن يكون مجسماً ، فلو كان غير مجسم كالمنقوش على الجدار والبساط فلابأس، وثانيهما أن يكون صورة لذي روح ـ أي لحيوان من الحيوانات ـ فلو كان صورة نخلة أوشجرة لم يحرم . هذا قول الشيخين ورأي المتأخرين .

وطرد القاضي التحريم في غير المجسم ، والتقي حرم التماثيل وأطلق ، وروى ابوبصير عن الصادق عليه السلام : لابأس بما يبسط منها ويفترش ويوطأ انما يكره منها مانصب منها على الحائط والسرير[1] وسأله عن الوسائد فيها التماثيل فقال : الق عليها شيئاً اذا صليت[2].

قوله : عدا المغنية لزف العرائس ـ الخ

المراد بالغناء ماسمي في العرف غناء ، وقيل هو مد الصوت المشتمل على الترجيع مع الأطراب . والاول أولى .

وأما استثناء المغنية للعرس فهو مذهب الشيخين ، وكرهه القاضي وحرمه ابن ادريس والعلامة في تذكرته ، لعموم النهي عن الغناء .

قال الشهيد : الاباحة اصح طريقاً وأخص دلالة ، وهي رواية ابي بصير عن الصادق عليه السلام[3].

---

١) التهذيب ٦/ ٣٨١ ، الوسائل ١٢/ ٢٢٠ .

٢) راجع الوسائل ٣/ ٣١٧ الباب ٤٥ من ابواب لباس المصلي .

٣) التهذيب ٦/ ٣٥٧ ، الكافي ٥/ ١٢٠ ، الاستبصار ٣/ ٦٢ ، الوسائل ٢/ ٨٤ .

وهجاء المؤمنين ، وحفظ كتب الضلال ونسخها لغير النقض ، وتعلم السحر والكهانة والقيافة والشعبذة والقمار والغش بمايخفى ، وتدليس الماشطة ، ولابأس بكسبها مع عدمه .

والاحوط قول ابن ادريس ، ولوقلنا بقول الشيخين فهومشروط بالشرطين المذكورين .

قوله :وحفظ كتب الضلال ونسخها لغير النقض

كتب الضلال أعم من أن يكون من الملل المنسوخة والمحرفة كالتوراة والانجيل أومن النحل المتقدمة على هذه الملة الشريفة كمذاهب الحكماء وغيرهم ، أومن البدع في هذه الملة ككتب أهل الخلاف . فان كتابة ذلك كله وحفظه واعتقاده محرمة. اللهم الا لقصد النقض والمعارضة أو للاحتجاج به على الخصم أوللتقية ليكون مستحضراً مذاهب أهل الخلاف في كيفية تعبداتهم .

قوله :وتعلم السحر والكهانة والقيافة والشعبذة والقمار

أما السحر فهو كلام يتكلم به الساحر أو يكتبه أورقية أويعمل شيئاًيؤثر في بدن المسحور أوقلبه أوعقله من غير مباشرة .

وعرفه بعضهم بأنه علم يستفاد منه حصول ملكة نفسانية يقتدر بها على أفعال غريبة بأسباب خفية. وقديوجه على وجه يدخل فيه علم الطلسمات والنيرنجيات وغيرها ، وذلك بأن يقال : هو استحداث الخوارق امابمجرد التأثيرات النفسانية وهو السحر ، أو بالاستعانة بالفلكيات فقط وهودعوة الكواكب ، أوعلى سبيل تمزيج القوى السماوية بالقوى الارضية وهو الطلسمات ،أوعلى سبيل الاستعانة بالارواح الساذجة وهو العزائم . والكل حرام في شريعة الاسلام ومستحله كافر .

وأما الكهانة فالمشهور أن الكاهن هو الذي له رئي[1] ـ أي صاحب من الجن ـ يأتيه بالاخبار بالمغيبات، كما كان لعمرو بن لحي[2] رئي من الجن، وهو أول من بحر البحائر وسيب السوائب وغير دين اسماعيل عليه السلام.

وعند الحكماء ان من النفوس ما يقوى على الاطلاع على ما سيكون من الامور، فان كانت خيرة فاضلة فتلك نفوس الانبياء والأولياء، وان كانت شريرة فهي نفوس الكهنة.

وأما القيافة فهي التفرس لالحاق الابناء بالاباء بسبب اتفاقهم في صفة من الصفات، وهو حرام عندنا. وقال بعض أهل السنة بجوازه، لان النبي صلى الله عليه وآله وسلم سئل عن شخص ابن من هو؟ فقال: ابن فلان. قالوا لقائف كان في ذلك الزمان، فقال كما قال النبي صلى الله عليه وآله، فجاقا اليه وقالوا له ذلك، ففرح النبي «ص» فقالوا: لو كان حراماً لما أعجبه. قلنا: جاز أن يكون فرحه من حيث ظهور صدقه لا من جهة القائف.

وبالجملة القيافة حرام، سواء استعملت في الحاق الانساب أو قفو الاثار

---

١) الرئى: الجنى يراه الانسان. وقيل: جنـي يتعرض للرجل يريد كهانة وطباً. وهو فعيل أو فعول، سمى به لانه يتراءى لمتبوعه، أو هو من الرأى من قولهم «فلان رئى قومه» اذا كان صاحب رأيهم.

٢) فى بعض النسخ «عمر بن يحيى» فى اللسان: اول من بحر البحائر وحمى الحامى وغير دين اسماعيل عمرو بن لحى بن قمعة بن جندب. والبحر: الشق. والبحيرة، الشاة اذا ولدت خمسة أبطن فكان آخرها ذكراً بحروا أذنها اى شقوها وتركت فلا يمسها احـد. وقال الفراء: البحيرة هى ابنة السائبة، وقيل السائبة هى الناقة التى ولدت عشرة ابطن وكلهن اناث سيبت فلم تركب ولم يشرب لبنها الا ولدها أو الضيف حتى تموت، فاذا ماتت اكلها الرجال والنساء جميعاً وبحرت اذن بنتها الاخيرة فتسمى البحيرة، وهى بمنزلة امها فـى أنها سائبة.

وغيرذلك ، وكل مايتكسب منها حرام أيضاً . وأما الشعبذة فهي حركات سريعة جداًبحيث يخفى على الحس الفرق بين الشيء وشبهه لسرعةالانتقال من الشيء الى شبهه، وكذايحرم صناعة السيمياء[١]، وظاهرها تصرف في الخيال، وكذلك زغل الكيمياء[٢]، وأماصنعتها على وجه يسلب الاجساد خواصها ويفيدها خاصة أخرى حقيقية فغير مستبعد وقوعه وجوازه عقلا وشرعاً . والله أعلم .

وأما القمار فهو اللعب بالنرد والشطرنج والاربعة عشر ، وهي المسمى بالبقيرى[٣] والبقارة حتى لعب الصبيان بالجوزوالبيض والخاتم والخطة ، وكل مايؤخذ بسبب ذلك حرام .

قوله : وتزيين الرجل بما يحرم عليه

١) قد يطلق هذا الاسم على ما هوغيرالحقيقي من السحر وهو المشهور ، وحاصله احداث مثالات خيالية في الجولا وجود لها في الحس . وقديطلق على ايجاد صورها في الحس، فحينئذ يظهر بعض الصورفي جوهرالهواء فتزول سريعة لسرعة تغير جوهر الهواء ، ولامجال لحفظ ما يقبل من الصورة في زمان طويل لرطوبته ، فيكون سريع القبول وسريع الزوال .

واما كيفية احداث تلك الصوروعللها فأمرخفي لااطلاع عليه الا لاهله . قيل : هولفظ عبراني معرب اصله « سيم يه » اي اسم الله .

٢) وهوعلم يعرف به طرق سلب الخواص من الجواهرالمعدنيةوجلب خاصة جديدة اليها . قال الصفدي في شرح لامية العجم : وهذه اللفظة معربة من اللفظ العبراني واصله «كيم يه » معناهانه من الله .

٣) البقيرى بضم الباء وفتح القاف والراء وسكون الياء : لعبة الصبيان ، وهي كومة من تراب وحولها خطوط ، يأتون الى موضع قد خبيء لهم فيه شيء فيضربون بأيديهم بلاحفر يطلبونه .

وزخرفة المساجد والمصاحف ،ومعونة الظالم ،وأجرة الزانية .

(السادس) الاجرة على القــدر الواجب من تغسيل الاموات وتكفينهم وحملهم ودفنهم ،والرشا في الحكم ،والاجرة على الصلاة بالناس ، والقضاء .

ولابأس بالرزق من بيت المال ،وكذا على الاذان .

ولا بأس بالاجرة على عقد النكاح .

والمكروه : اما لافضائه الى المحرم غالباً كالصرف وبيع

ذلك كالحرير المحض والذهب كثيره وقليله حتى جزء لايتجزى ، وكذا تزيين المرأة بما يحرم عليها كاتخاذ المنطقة والسيف لها . ولاأدري لم أهمل المصنف ذلك ؟.

قوله : والاجرة على القدر الواجب

احتراز من القدر المندوب من هذه الاشياء ، فانه يجوز أخذ الاجرة عليه كما لواستؤجر في الغسل على الغسلات المندوبة وفي الدفن على تعميق القبر زائداً على الواجب وفي الحمل الى أبعد من ظاهر يمكن فيه الدفن . أما ثمن الكفن والكافور والماء فليس بحرام .

قوله : وكذا على الاذان

عطف القضاء في تحريم الاجرة على فعله وجواز الرزق من بيت المال .

قوله : ولابأس بالاجرة على عقد النكاح

وكذا غيره من العقود ، بأن يكون العاقد وكيلا عن أحد المتعاقدين .

أما تعليم الصيغة والقاؤها على المتعاقدين فلايجوز أخذ الاجرة عليه . نعم يجوز أخذ الاجرة على الخطبة والخطبة في الاملاك .

قوله : والمكروه ـ الخ

الاكفان، والطعام، والرقيق، والصباغة، والذباحة، وبيع ما يكن من السلاح لاهل الكفر، كالخفين والدرع.

واما لضيعته كالحياكة والحجامة اذا شرط الاجرة، وضراب الفحل.

ولا بأس بالختانة وخفض الجوارى.

واما لتطرق الشبهة، ككسب الصبيان ومن لا يجتنب المحارم.

ومن المكروه الاجرة على تعليم القرآن ونسخه، وكسب القابلة مع الشرط ولا بأس به لو تجرد.

الصنائع الدنية انما تكون مكروهة اذا لم يقصد بها الوجوب أو الندب، كتحصيل القوت أو التوسعة على العيال، فان ذلك يخرجها عن الكراهة. نعم اذا اضطر الى تحصيل القوت أو التوسعة وتعارض صنعتان أحداهما من المكروهات والاخرى ليست منها كره له اختيار الاولى، وأما اذا لم يحصل الا الاولى فان الكراهة تزول حينئذ.

قوله: ككسب الصبيان ـ الخ

فان الصبى اذا عرف رفع القلم عنه جاز أن يجترىء على ماليس له فيأخذه فتدخل الشبهة على كسبه من هذه الجهة. نعم لايجوز الشراء منه للحجر عليه، بل الكراهة مع الشراء من وليه.

قوله: ومن المكروه الاجرة على تعليم القرآن ونسخه

انما قال «ومن المكروه» ولم يعطفه على ما تقدم لان هذين ليسا داخلين في الاقسام الثلاثة المتقدمة بل هما مكروهان برأسهما، وانما كره أخذ الاجرة عليهما

لانهما عبادة فلاينبغي أن يؤخذ عليهانفع دنيوي بل يوقع على سبيل الاخلاص لله تعالى .

واعلم أن ما ذكرناه من الكراهة قول الشيخ في النهاية والقاضي وابن ادريس ، لانه يجوز أن يجعل القرآن مهراً اجماعاً فيجوز أخذ الاجرة عليه .

ويؤيده ما رواه الفضل بن ابى قرة قال : قلت للصادق عليه السلام : ان هؤلاء يقولون ان كسب المعلم سحت. فقال: كذبوا أعداء الله، أرادوا أن لايعلموا القرآن ، ولوأن المعلم أعطاه رجل دية ولده لكان للمعلم مباحاً[1] .

وقال الشيخ في الاستبصار : يحرم مع الشرط ويكره بدونه . وأطلق التقي تحريم الاجر على تلقين القرآن وتعليم المعارف والشرائع وكيفية العبادات والفتوى ، محتجاً برواية زيد بن علي عن أبيه عن آبائه عن علي عليهم صلوات الله وسلامه أنه اتاه رجل فقال: اني أحبك في الله. فقال : ولكني أبغضك لله . فقال : ولم ؟ قال : لانك تبغي على الاذان وعلى تعليم القرآن أجراً[2] . وحمل الشيخ النهي على الشرط كما قلناه عنه .

والحق التفصيل ، وهوأن تعلم القرآن منه واجب ومنه مندوب، والواجب منه ما هوواجب على الاعيان[3] عيناً وهوفاتحة الكتاب، ومنه واجب على الاعيان تخييراً وهو سورة تصح بها الصلاة وما يدل على التوحيد ، ومنه واجب على الكفاية على عدد كثير لايجزي أقل منه وهو القرآن كله حفظاً للمعجز تواتراً ، ومنه واجب على الكفاية على كل واحد وهو القرآن أيضاً بعد حفظ المعجزة كيلا يقل ذلك العدد، ومنه واجب على الكفاية عينياً وهو مايتعلق بالاجتهاد في الاحكام الشرعية، ومنه واجب على الكفاية تخييراً وهوما اذا اتفق آيتان في الدلالة

---

١) الكافى ٥/١٢١، التهذيب ٦/٣٦٤ ، الاستبصار٣/٦٥، الوسائل ١٢/١١٢ .

٢) التهذيب ٦/٣٧٦ ، الاستبصار ٣/٦٥ .

٣) فى بعض النسخ : ما هو واجب عيناً .

ولا بأس بأجرة تعليم الحكم والاداب .

وقد يكره الاكتساب بأشياء أخر تأتي ان شاء الله تعالى .

مسائل ست :

الاولى : لا يؤخذ ما ينثر في الاعراس الا ما يعلم معه الاباحة.

الثانية : لا بأس ببيع عظام الفيل واتخاذ الامشاط منها .

الثالثة : يجوزأن يشترى من السلطان ما يأخذه باسم المقاسمة واسم الزكاة من ثمرة وحبوب ونعم . وان لم يكن مستحقاً له .

على حكم شرعي . والمندوب ما عدا ذلك .

اذا عرفت هذافالمعلم للقرآن ان كان معلماً لشيء من الاقسام الواجبة عيناً فاما مع تعيين التعليم عليه بأن لايوجد غيره ممن يقوم بذلك ، فهذا لايجوز له أخذ الاجرة على ذلك التعليم ، لانه مؤد لفرض عليه ، وان لم يكن جاز لكن على كراهية ، وعليه يحمل ماورد من النهي ، أي على الواجب .

قوله : يجوزأن يشترى من السلطان مايأخذه باسم المقاسمة واسم الزكاة من ثمرة وحبوب ونعم وان لم يكن مستحقاً له

أفعال سلطان الجور كلها عندنا فاسدة ولايجوز اتباعها الافي صورتين : احداهما المقاسمة ، وثانيتهما الزكاة .

أمـا المقاسمة فهوأن يأخذ من الغلات باسم المقاسمة عن الارض ومـن الاموال باسم الخراج عن حق الارض ، وأما الزكاة فهوأن يأخذ مـن الانعام والغلات والذهب والفضة باسم الزكاة . فقولنا باسـم المقاسمة واسم الخراج واسم الزكاة معناه أن يأخذ ما لو كان الامام العادل ظاهراً لاخذه من غيرزيادة ،

أما الزكاة فهي أمور مضبوطة في كتب الفقه .

وأما المقاسمة والخراج فان علم لها تقدير في نظر الشرع و كتب الفقه فذلك هو المباح ، والا فما يتراضى عليه السلطان فـي ذلك الزمان وملاك الارضين ، فلو أخذ الجائر زيادة عن ذلك كله حرم ذلك الزائد بعينه ان تميز والا حرام الكل .

وانما قلنا بجواز الشراء من الجائر مع كونه غير مستحق للنص الوارد عنهم عليهم السلام بذلك والاجماع وان لم يعلم مستنده ، ويمكن أن يكون مستنده أن ما يأخذ الجائر حق لائمة العدل وقد أذنوا لشيعتهم في شراء ذلك ، فيكون تصرف الجائر كتصرف الفضولي اذا انضم اليه اذن المالك .

فوائد :

(الاولى) لافرق في جواز الشراء بين قبض الجائر لها أو وكيله أو عدم القبض فلو أحالـه بها وقبل الثلاثة أو وكله في قبضها أو باعها وهي في يد المـالك أو في ذمته جاز التناول ،لان دليل الاباحة شامل لهذه الصور كلها .

(الثانية) لايجب رد المقاسمة وشبهها على المالك ، بل يحرم عليه منعها اذا انتقلت الى الغير ، ولايمنع تظلم المالك من الشراء .

(الثالثة) كما يجوز الشراء يجوز بسائر المعاوضات والهبة والصدقة والوقف مع صدور ذلك كله من الجائر ، ولايجوز التناول بغير ذلك .

(الرابعة) جوائز الظالم والعامل من قبله يجوز قبولها والتصرف فيها الا أن يعلم الظلم بعينه فلايجوز أخـذه . قال ابن ادريس : وينبغي اخـراج خمسها والصدقة على اخوانه منها . والظاهر أن مراده الاستحباب في الصدقة .

(الخامسة) ترك أخذ الجائزة من الظالم أفضل ، و كذا لو ترك معاملته أيضاً ولايكون ما بيده من الاموال محرماً بمجرد ظلمه ، لجواز أن يتملك شيئاً لاعلى

الرابعة : لودفع اليه مالا ليصرفه فى المحاويج و كان منهم فلا يأخذ منه الا باذنه على الاصح .

جهةالظلم، فلايحرم‌حينئذ معاملته لقول‌الصادق عليه السلام :كل شيء فيه حلال وحرام فهوحلال حتى تعرف الحرام بعينه[١] . نعم يكره ذلك مع الاختيار ، أما حال الضرورة فجائز .

ولايعارض الاول أخذ الحسنين عليهما السلام جوائز معاويةلعنه الله ، لان ذلك حقهم بالاصالة .

قوله : لودفع اليه مالا ليصرفه فى‌المحاويج وكان منهم فلايأخذ منه الا باذنه على الاصح

للشيخ هنا قولان ولابن ادريس قولان وللمصنف قولان :

أما الشيخ فأجاز في النهاية ومنع في المبسوط ، وأما ابن ادريس فأجاز في باب المكاسب ومنع في باب الزكاة ، وأما المصنف فمنع هنا وأجاز في الشرائع .

دليل المنع رواية عبدالرحمن بن الحجاج قال : سألته عن رجل أعطاه رجلا مالاليقسمه في محاويج أومساكين وهو محتاج أيأخذ منه‌لنفسه ولايعلمه؟ قال: لايأخذ منه شيئاً حتى‌يأذن له صاحبها[٢] . وحمل‌الشيخ ذلك على الكراهية لدليل الاباحة ، وهوأصالة الجواز للعلة المذكورة في‌العبارة ، وهو كونه للفقراء ولرواية أخرى صحيحة .

---

١)التهذيب ٧/٢٢٦، ٩/٧٩، الفقيه ٣/٢١٦، البحار٢/٢٨٢، الوسائل١٦/٤٩٥

٢) الكافى ٣/٥٥٥ ، التهذيب ٤/١٠٤ ، الوسائل ٦/٢٠٠ ، والحديث هكذا : قال سألت ابا الحسن عليه السلام عن الرجل يعطى الرجل الدراهم يقسمها ويضعها فى مواضعها وهوممن‌تحل له الصدقة. قال: لابأس ان‌يأخذ لنفسه كما يعطى غيره. قال: ولايجوز له ان يأخذ اذا أمره ان يضعها فى مواضع مسماة الا باذنه .

ولو أعطى عياله جاز اذا كانوا بالصفة ، ولو عين له لم يتجاوز .

الخامسة : جوائز الظالم محرمة ان علمت بعينها ، والا فهي حـلال .

السادسة : الولايـة من العادل جائزة ، وربما وجبت ، وعن الجائر محرمة الا مع الخوف .

نعم لو تيقن التخلص من المآثم والتمكن من الامر بالمعروف والنهي عن المنكر استحبت .

ولو أكره لا مع ذلك أجاب دفعـاً للضرر ، وينفذ أمره ولو كان محرماً ، الا في قتل المسلم .

ولبعض الفضلاء هنا تفصيل ، وهو أنه اذا أعطاه وقال هو للفقراء مثلا وكان الاخذ فقيراً جاز له أن يأخذ منه ، وان قال اعطه للفقراء : فلايخلو اما أن يعلم المعطي فقر الاخذ أولا ، فان كان الاول لم يجز له أن يأخذ منه ، لان المالك لو أراد ذلك لخصصه بالذكر ، وان كان الثاني جاز له أن يأخذ على كراهية ، بشرط أن لا يتخصص بزيادة في الكمية أو الوصف .

وفيه نظر ، لان قوله « لان المالك لو أراد ذلك لخصصه بالذكر » ممنوع لجواز أن يريده ولايخصصه بالذكر ، لجواز أن يعلم منه ترفعاً عن القبول فلا يخاطبه بالاخذ ويجعل قوله « اعطه للفقراء » قرينة على جواز أخذه منه بل على كونه كله له لابد لدفع هذا الاحتمال من دليل .

ومنهم من فصل غير ذلك فقال: اذا قال اصرفه في الفقراء أوضعه أوفرقه فيهم جاز أن يأخذ منه ، واذا قال ادفع هذا الى الفقراء لم يسغ له الاخذ . ففرق بين

الفصل الثانى

(فى البيع وآدابه)

أما البيع ـ فهو الايجاب والقبول اللذان تنتقل بهما العين المملوكة من مالك الى غيره بعوض مقدر ، وله شروط :

الاول : يشترط فى المتعاقدين كمال العقل والاختيار ، وأن يكون البائع مالكاً أو ولياً كالاب والجد للاب والحاكم وأمينه والوصى ، أو وكيلا .

« الى الفقراء » و« في الفقراء » فبقي يكون منهم وبالى لايكون . قال : وذلك معلوم بدليل المفهوم .

وفيه أيضاً نظر ، لان الفهم السليم لايكاد يفرق بين العبارتين بدخوله في احداهما وخروجه عن الاخرى ، خصوصاً على الفتوى ، لجواز تولي طرفي القبض . والاحوط عدم جواز أخذه منه شيئاً الا مع قرينة حالية أو مقالية تبيح ذلك .

قوله : اما البيع فهو الايجاب والقبول اللذان ينتقل بهما العين المملوكة من مالك الى غيره بعوض مقدر

للاصحاب في تعريف البيع عبارات لاتخلو من نظر :

(الاول) قول الشيخ في المبسوط انه انتقال عين مملوكة من شخص الى غيره بعوض مقدر على وجه التراضي .

وفيه نظر ، لان الانتقال ثمرة البيع لانفسه ، وذلك لان البيع عقد لفظي لا انتقال معنوي . وتابع ابن ادريس الشيخ في هذا التعريف .

(الثاني) قول ابن حمزة أنه عقد يدل على انتقال عين أوما هو في حكمها من شخص الى غيره بعوض مقدر على جهة التراضي .

وفيه أيضاً نظر ، لانتقاضه بالهبة المعوضة .

(الثالث) قول المصنف في الشرائع[1] أنه اللفظ الدال على نقل الملك بعوض معلوم .

وفيه نظر من وجوه :

الاول : ان قولك « بعت » أو« اشتريت » اخبار لانشاء يدخل في الحد دون المحدود .

الثاني : انه غيرمانع لدخول الاجارة ،لانه أيضاً لفظ دال على نقل الملك بعوض ، فان الملك أعم من أن يكون عيناً أومنفعة .

الثالث : ان العلم بقدرالعوض شرط للبيع ، وشرط الشيء غيرداخل في حقيقته بل خارج ، فلايكون له دخل في معرفة ماهية البيع .

وان سلمنا ذلك لكن العين أيضاً يشترط فيها المعلومية وكان ينبغي ذكر معلوميتها بل ذكر باقي شرائط البيع من كمال المتعاقدين وغير ذلك والالزم التخصيص من غير مخصص .

(الرابع) قول المصنف هنا وقد تقدم ، فالايجاب والقبول جنس للعقود كلها وهو جنس قريب أحسن من قوله في الشرائع أنه اللفظ لانه جنس بعيد.

وقوله « ينتقل بهما العين » فصل يخرج بهالأجارة، فان عقدهاايجاب وقبول

---

١) الشرائع ٩٤/١ قال فيه : هواللفظ الدال على نقل الملك من مالك الى آخر بعوض معلوم .

ينتقل بهما المنفعة لاالعين .

وقوله « بعوض مقدر » يخرج بـه الهبة ، فانها ايجاب وقبول ينتقل بهما العين ولكن لابعوض .

وفيه نظر ، لانه غيرجامع لخروج بيع الوكيل والولي فانهما غير مالكين ولوقال مـن مالك أو حكمه لدخل أمثال ذلك . فالاولى أن يقال انه الايجاب والقبول الصادران من كامل الدالان على نقل العين المعلومة بعوض معلوم على جهة التراضي، وأردنا بالكامل الجنس الشامل للواحد واكثر ليدخل فيه من يتولى طرفي العقد.ولايرد البيع الضمني كقولك « اعتق عبدك عني وعلي دينار » فيقول «عبدي حر» لانه بيع مجازاً لاحقيقة . وكذا بيع الحاكم عن المماطل والمفلس فانه لارضاء فيه لان رضا الحاكم قائم مقامه .

وهنا فوائد :

(الاولى) يشترط الاتيان بهما لفظاً بصيغة الماضي لانه انشاء والماضي أقرب شبهاً به ، فيقول البائع « بعت » أو «شريت» أو « ملكت » ، ويقـول المشتري «قبلت » أو « ابتعت » أو« اشتريت » أو« شريت » أو « تملكت » . ولاينعقدان بلفظ الامر ولا المستقبل لما قلناه .

(الثانية) قيل لايشترط فيهما الترتيب ، وهوقول القاضي ، واختاره الشهيد كما في النكاح وعصمة الفرج أقوى من عصمة المال فيجوز هنا بطريق أولى .

والاولى خلافه ، لاصالة بقاء الملك ولم يثبت بدليل زواله مع تقدم القبول مع الاجماع على حصوله مع تأخره ، فيكون أولى . وفرق بينه وبين النكاح ، فان حياء المرأة يمنع من تقدم قبولها .

(الثانية) يشترط فيهما التطابق زماناً ومعنى : أما الاول فان لايتأخر القبول بحيث لايعد جواباً، ولايضر تخلل آن وتنفس أوسعال، وأما الثاني فاتفاق مدلولهما

ولو باع الفضولى فقولان ، أشبههما وقوفه على الاجازة .

ولو باع مالا يملكه مالك كالحر ، وفضلات الانسان ، والخنافس والديدان لم ينعقد .

ولو جمع بين ما يملك وما لا يملك فى عقد واحد كعبده وعبد غيره صح فى عبده ، ووقف الاخر على الاجازة .

فلو قال « بعتك بألف » فقال « اشتريت بخمسمائة » أو نصفه بها أو بخمسمائة لم يصح ، وكذا لو قال « بعتكما العبدين بألف » فقبل واحد أحدهما بخمسمائة ، لان الايجاب لم يقع للقابل الاعلى نصف العبد قضية للاشاعة .

(الرابعة) لا يكفي مجرد الرضا في حصول الملك بدونهما في الجليل والحقير لحصر الشارع أسباب الملك في العقود، فالمعاطاة تفيد اباحة لا غير. نعم لو ذهبت احدى العينين أو انتقلت عنه ملكت الاخرى .

قوله : ولو باع الفضولى فقولان اشبههما وقوفه على الاجازة

هذا قول الشيخين وابن الجنيد وابن حمزة لرواية عروة البارقي ان النبى صلى الله عليه وآله وسلم أعطاه ديناراً يشتري به شاة فاشترى به شاتين ثم باع احداهما بدينار في الطريق . قال: فأتيت النبى صلى الله عليه وآله وسلم بالدينار والشاة فأخبرته، فقال : بارك الله في صفقة يمينك[1] ولان المقتضي لصحة البيع وقوعه عن أهله في محله وقد حصل ، والمعارض ليس الاعدم الاذن وقد انتفى لان الاذن قد حصل بعد البيع . واشتراط كونه قبل البيع ممنوع .

وقال الشيخ فى المبسوط والخلاف واختاره ابن ادريس وشيخنا السعيد يبطل ان لم يحصل اذن سابق ، لرواية حكيم بن حزام عن النبى صلى الله عليه

---

١) المستدرك للنورى ٢/٤٦٢ ، سنن الترمذى ٣/٥٥٩ .

وآله وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عنده[1] .

ولمارواه عمربن شعيب عن أبيه عن جده عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : لاطلاق الا فيما تملك ولا عتق الا فيما تملك ولابيع الا فيما تملك[2] .

والجواب عن الاول أنالنهي فيالمعاملات لايستلزم الفساد، وحينئذ يكون بيع الفضولي صحيحاً وان كان منهياً عنه كالبيع بعد النداء . أويحمل على من باع سلعة غيره لنفسه لاللمالك ثم يمضي الى المالك فيشتريها منه .

وعن الثاني أن النفي اذا دخل على حقيقة أريد به نفي صفة من صفاتها ، فيكون المراد بقوله صلى الله عليه وآله وسلم « لابيع الافيما تملك » لالزوم للبيع الافيما تملك ، والالزم بطلان بيع الوكيل والولي والوصي ، فيكون المراد لابيع الا في ما هوملك أو كالملك بسبب الاذن وقد حصل .

فروع : على القول بالصحة مع الأجازة :

(الاول) لايشترط في الصحة حضور المجيز في الحال لخبرالبارقي ، فانه أعلم النبى « ص » بعد وصوله اليه ، ولايشترط كون المجيزجائزالتصرف حين العقد، فيصح اجازة الصبى والمجنون بعد الكمال، وكذا نقول فيمن باع ملك غيره ثم انتقل اليه فأجاز .

(الثاني) هل الاجازة جزء المملك أو كاشفة عن الملك حال العقد ؟ الاصح الثاني والالزم وقوع البيع بالكناية ويترتب النماء ، فعلى الاول يكون للبائع وعلى الثاني يكون للمشتري ، وهوالاصح .

---

١) اخرجه فى اسد الغابة ٢ /٤١ ، الوسائل ١٢ /٢٦٦ ، سنن ابن ماجة ١ /٧٣٧ ، الترمذى ٣ /٥٣٤ .

٢) سنن ابى داود ٢ /٢٥٨ ، كنز العمال ٩ /٦٤١ .

أما لو باع العبد والحر ، أو الشاة والخنزير صح فيما يملك وبطل فى الآخر ، ويقومان ثم يقوم أحدهمـا ويسقط من الثمن ما قابل الفاسد .

(الثالث) لايشترط الفورية في الاجازة، لما قلنا في خبر البارقي فله الاجازة مالم يرد أولا . ولايكفي فيها السكوت ولو كان حاضراً ، بل لابد من لفظ يدل عليها ، لانها كالبيع في استقرار الملك .

(الرابع) لوقبض الفضولي الثمن قال الشيخ وقع للمالك عند الاجازة، واشترط العلامة اجازة القبض . وهوحسن ان كان الثمن في الذمة، أمالو كان البيع بالعين الحاضرة فأجازة البيع اجازة القبض .

(الخامس) لافرق بين كون الفضولي غاصباً أو غيـره في توقف بيعه على الاجازة، فلو كان غاصباً وباع بالعين الحاضرة وقبض البائع فأجاز المالك صارت يده يد أمانة .

قوله : ويقومان ثم يقوم احدهما ويسقط من الثمن ما قابل الفاسد

بيان المسألة أن البائع باع الحر والعبد في صفقة واحدة مثلا بأربعين ثم علم المشتري أن أحدهما حر وبيعه فاسد ولم يفسخ البيع فكيف يسترد ما قابل الفاسد ، فطريقه أن يقوما معاً ثـم يقوم كل واحد منهما على انفراده كما تقول قيمتهما معاً خمسون ثم نقوم الحر بثلاثين والعبد بعشرين ،فنسبة العشرين الى الخمسين فانها خمسان ، ونسبة الثلاثين فانها ثلاثة أخماس ، فعلم أن خمسي الثمن الذي وقع عليه العقد ـ وهو أربعون ـ في مقابلة العبد وهو ستة عشر ، وثلاثة أخماسه ـ وهو أربعة وعشرون ـ في مقابلة الحر .

وانما افتقرنا الى تقويمها مرة ثانية لانه لوبني على التقويم الاول ثم قوم الحر على الانفراد أمكن أن يكون بالثمن كله ، فلايكون شيء في مقابلة العبد

الثانى : الكيل أو الوزن أو العدد .

فلو بيع ما يكال أو يوزن أو يعد لا كذلك بطل .

ولو تعسر الوزن أو العدد اعتبر مكيال واحد بحسابه .

ولا يكفى مشاهدة الصبرة ولا المكيال المجهول .

ويجوز ابتياع جزء مشاع بالنسبة من معلوم وان اختلفت اجزاؤه.

الثالث : لا تباع العين الحاضرة الامع المشاهدة أو الوصف.

ولو كان المراد طعمها أو ريحها فلابد من اختبارها اذا لم يفسد به.

ولو بيع ولما يختبر فقولان ، اشبهما : الجواز ، وله الخيار لو خرج معيباً ، ويتعين الارش بعد الاحداث فيه .

وهو باطل . وكذا الكلام في عبده وعبد غيره .

قوله : وان اختلفت اجزاؤه

مختلف الأجزاء هو ما لايساوي جزؤه كله في الحد والاسم ومتفقها مايساوي جزؤه كله في الحد والاسم . مثال الاول الثوب والعبد والفرس ، ومثال الثاني كالسمن والعسل والفضة والذهب .

قوله : ولو بيع ولما يختبر فقولان اشبهها الجواز

ما يراد طعمه وريحه ولم يكن اختباره مؤدياً الى افساده هل يصح بيعه من غير اختبار ولا وصف بناء على أن الأصل الصحة أولا ؟ ذهب التقي والقاضي وسلار الى أنه لايصح، لانه مجهول فهو بيع غرر وقد نهى النبى «ص» عن بيع الغرر[1]. وذهب المصنف والعلامة والمتأخرون الى الصحة، لانه معلوم الوصف من

---

١) الترمذى ٣/٥٣٢ ، ابن ماجة ٢/٧٣٩، ابوداود ٣/٢٥٤، الوسائل ١٢/٣٣٠

ولو أدى اختباره الى افساده كالجوز والبطيخ جاز شراؤه .

ويثبت الارش لوخرج معيباً لاالرد، ويرجع بالثمن انلم يكن لمكسوره قيمة .

وكذا يجوز بيع المسك في فأره وان لم يفتق .

حيث الصورة النوعية لانها علة في ترتب الاثار المختصة بذلك النوع ، والعلم بالعلة ـ أي الطبيعة النوعية ـ يستلزم العلم بالمعلول وهو الصفة المقصودة من تلك الطبيعة ، والاصل عدم سبب خارجي مزيل لحكم الطبيعة ، فلاغرو حينئذ فان خرج معيباً تخير المشتري بين الرد وبين الامساك مع الارش .

قال الشيخان اذا بيع من غير اختبار كان غير صحيح والمتبايعان فيه بالخيار ان تراضيا لم يكن به بأس .

وفي كلامهما نظر ، لان عدم الصحة مع ثبوت الخيار ممالا يجتمعان،لانه لاخيار في البيع الفاسد اجماعاً . وأيضاً مع الصحة لاوجه لخيار البائع فيه .

قال بعض من تابع الشيخين في البطلان أنه قد روى الشيخ في التهذيب في باب الزيادات عن محمد بن العيص قال : سألت الصادق عليه السلام عن رجل يشتري مايذاق أيذوقه قبل أن يشتريه؟ قال: نعم فليذقه ولايذوقن مالايشتري[١] ان الامر بالذوق يقتضي البطلان مع عدمه .

وفي قوله نظر ، لانا نمنع دلالتها على محل النزاع وهو البطلان مع عدم الذوق ، والامر به لايقتضي اشتراطه ، لجواز أن يكون على سبيل الارشاد الى مصلحته واحتياطه في شرائه .

---

١) التهذيب ٧/ ٢٣٠ .

ولا يجوز بيع سمك الاجام لجهالته ولو ضم اليه القصب على الاصح ، وكذا اللبن فى الضرع ولو ضم اليه ما يحتلب منه ، وكذا أصواف الغنم مع مافى بطونها ، وكذا كل واحد منها منفرداً ، وكذا ما يلقح الفحل ، وكذا مايضرب الصياد بشبكته .

قوله : ولايجوز بيع سمك الاجام لجهالته وان ضم اليه القصب على الاصح ،وكذا اللبن فى الضرع ولوضم اليه ما يحلب (١) منه وكذا اصواف الغنم مع ما فى بطونها

قال الشيخ والقاضي وابن حمزة ان المجهول اذا ضم الى معلوم كالامثلة المذكورة يجوز بيعه ، ومستندهم روايات بعضها مقطوعة وبعض عن سماعة وهوواقفي[٢] ، مع مخالفة الجميع للاصول ، فلا اعتماد عليها . فلذلك قال « على الاصح » ، وهذا مذهب ابن ادريس والعلامة وعليه الفتوى .

قوله : وكذا كل واحد منهما منفرداً

يريد به القصب وحده والسمك وحده واللبن في الضرع وحده وما حلب وحده والاصواف على الظهور وحدها وما في البطون وحده ، لايصح بيع شيء من ذلك للجهالة .

وفي اطلاقه نظر ، فان القصب مع مشاهدته والصوف على الظهر مع مشاهدته يمنع عدم جواز بيعهما ، والالما جاز بيع الثمرة عن الشجرة . واللازم باطل اجماعاً فكذا الملزوم ، والملازمة ظاهرة .

وهذا مذهب المفيد واحد قولي ابن ادريس واستحسنه المصنف في النكت وتابع المصنف هنا وفي الشرائع الشيخ واتباعه في عدم الجواز ، وهوعجيب

---

١) فى المختصر النافع ط بمصر « يحتلب » .

٢) راجع الوسائل الابواب : ١٠ ، ١١ ، ١٢ من ابواب عقد البيع وشروطه.

الرابع : تقدير الثمن وجنسه .

فلواشتراه بحكم أحدهما فالبيع باطل، ويضمن المشترى تلف المبيع مع قبضه ونقصانه ، وكذا فى كل ابتياع فاسد.

من الشيخ مع تجويزه البيع مع الضميمة الى السمك وما في البطون .

قوله : فواشتراه بحكم احدهما فالبيع باطل

شراؤه بحكم أحدهما هوتفويض تقدير الثمن الى البائع خاصة أوالمشتري خاصة بل والى ثالث . وعلى التقادير يكون الثمن مجهولا حال العقد ، فيدخل تحت الغرر ، وقد تقدم أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن الغرر[1] .

وقال ابن الجنيد[2] لو قال بسعرما بعت مع جهالة المشتري صح ويكون للمشتري الخيار ، وفي رواية رفاعة[3] جواز تحكيم المشتري فتلزمه القيمة.

وجوز المرتضى كون مال السلم مشاهداً وان لم يكن معلوماً ، وجوز ابن الجنيد أيضاً بيع الصبرة مع المشاهدة جزافاً بثمن جزاف مع تغائر الجنس . ومال في المبسوط الى صحة بيع الجزاف ، وفي صحيحة الحلبي كراهة بيع الجزاف[4]. والفتوى على خلاف ذلك كله .

قوله : ويضمن المشترى تلف المبيع مع قبضه ونقصانه وكذا فى كل ابتياع فاسد .

لما بين فساد البيع مع جهالة الثمن أشار الى حكم المبيع الفاسد على

---

١) راجع ص ٢٨ من هذا الجزء.

٢) فانه قال : لووقع البيع على مقدار معلوم بينهما والثمن مجهول لاحدهما جاز اذا لم يكن يواجبه كان للمشترى الخيار اذا علم وذلك كقول الرجل : بعنى كر طعام بسعر ما بعت ، فأما اذا جهلاجميعاً قدرالثمن وقت العقد لم يجزوكان البيع منفسخاً .

٣) التهذيب ٦٩/٧ ، الكافى ٢٠٩/٥ ، الفقيه ٧٦/٣ ، الوسائل ٢٧١/١٢ .

٤) التهذيب ٣٦/٧ ، الكافى ١٧٩/٥.

ويرد عليه مازاد بفعله كتعليم الصنعة والصبغ على الاشبه، واذا أطلق النقد انصرف الى نقد البلد، وان عين نقداً لزم.

وجه كلي فقال: اذا تلف المبيع أونقص بعد قبض المشتري له بالعقد الفاسد يكون مضموناً عليه.

واختلف في قدر المضمون، فقال المفيد في المقنعة والشيخ في النهاية قيمته يوم البيع الا أن يحكم على نفسه بالاكثر فيجب أو يكون البائع حاكماً فيحكم بالاقل فيتبع. واختاره الشاميان. وقال ابن ادريس عليه الاعلى من يوم القبض الى يوم التلف.

والحق أنه ان كان مثلياً ضمنه بمثله، وان كان قيمياً فبقيمته يوم تلفه، لان ذلك هو وقت تعلقه بذمته. والاصل براءة الذمة من الزائد.

وينبغي أن يقرأ قول المصنف «ونقصانه» بالنصب ليكون عطفاً على تلف المبيع لابالجر عطفاً على قبضه، فانه غلط.

هذا، وأما منافعه فهي مضمونة مع التفويت، خلافاً لابن حمزة محتجاً بأن الخراج بالضمان ونقض بالغاصب مع ضمانه قطعاً، وأما مع الفوات فوجهان من أصالة البراءة ومن أنها منافع عين مضمونة فتضمن.

قوله: ويرد عليه مازاد بفعله كتعليم الصنعة والصبغ على الاشبه

هذا حكم آخر للمبيع الفاسد وهومتعلق بزيادته في يدالمشتري.

واختلف في تلك الزيادة مع حصولها بفعل المشتري وجهله بالفساد، فقال الشيخ في المبسوط لاترد مطلقاًبل يكون للبائع لانها نماء ملكه، وقال في النهاية والمفيد في المقنعة يرد عليه مطلقاً لانها أثرفعله غيرمتبرع بها فيكون له.

وفصل ابن ادريس فقال: ان كانت الزيادة عيناً كالصبغ رد عليه ان أمكن فصله، والا كان شريكاً بالنسبة من قيمته، وان كانت صفة كتعليم الصنعة فلا يرد

ولو اختلفا في قدر الثمن فالقول قول البائع مع يمينه ، ان كان المبيع قائماً ، وقول المشتري مع يمينه ان كان تالفاً .

بل تكون تابعاً للعين فتكون للبائع .

والحق مااختاره المصنف، وهو الرد عليه . وأما مالاتكون بفعله فانه للبائع وان كان منفصلا ، لانه نماء ملكه من غيرمشاركة أحد فيكون له .

قوله : ولواختلفا في قدرالثمن فالقول قول البائع مع يمينه ان كان المبيع قائماً وقول المشتري مع يمينه ان كان تالفاً

للاصحاب هنا أقوال ثلاثة :

(الاول) ماذكره المصنف من التفصيل، وهوقول الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف . وتبعه القاضي .

ومستنده رواية محمد بن احمد بن ابي نصرعن بعض أصحابه عن الصادق عليه السلام في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري هو بكذا وكذا بأقل مما قال البائع ؟ قال : القول قول البائع مع يمينه اذا كان الشيء قائماً بعينه[1].

وهو يدل بالمفهوم على أن القول قول المشتري مع التلف .

وفيها نظر : أما أولا فلان دلالتها على قول المشتري بدليل الخطاب وليس بحجة . وأما ثانياً فلمخالفتها الاصول المقررة ، وهو كون البينة على المدعي واليمين على من أنكر ، وهنا قد حكم للبائع بقوله مع كونه مدعياً .

(الثاني) قول ابن الجنيد ان القول قول من كانت في يده ، ونقل ابن ادريس عن التقي مثله واختاره . ودليله أنه اذا كانت السلعة في يدالبائع فالمشتري يدعي انتزاعها بذلك الثمن والبائع ينكر استحقاقه بذلك ، فالقول قوله . وان كانت

---

١) الكافي ٥/١٧٤ ، الوسائل ١٢/٣٨٣.

في يد المشتري فقد سلم له استحقاق السلعة وادعى ثبوت زائد في ذمته وهو منكر له ، فالقول قوله .

وفيه نظر، لان النزاع ليس في انتزاع العين، فانه أمر متفق عليه بين المتبايعين أنه حق للمشتري، وانما النزاع في تقدير الثمن، فالبائع يدعي الزيادة والمشتري منكر ، فالقول قوله مطلقاً .

(الثالث) قول العلامة ، وهو التحالف وبطلان البيع ، وذلك لان كلا منهما مدع ومنكر ، فان البائع يدعي البيع بعشرين مثلا والمشتري ينكر ذلك ، والمشتري يدعي الشراء بعشرة والبائع ينكر ذلك. أو نقول ان العقد بقيد كونه بعشرة غير بقيد كونه بعشرين ، وكل منهما يدعي وقوع عقد والآخر ينكره فيحلفان .

(الرابع) قول آخر للعلامة يشتمل على تفصيل، وهو أن الثمن: اما أن يكون معيناً أو في الذمة، فان كان الاول فاما أن يكون الاول وهو مدعي المشتري مغايراً لاجزاء الاكثر أولا، فان كان مغايراً تحالفا وفسخ البيع للتداعي من الطرفين ، وان لم يكن مغايراً فالقول قول المشتري ، وان كان الثاني فالقول قول المشتري أيضاً ، وذلك لكونه منكراً لما يدعيه البائع من الزيادة . وهو تفصيل حسن لاغبار عليه .

وهنا فروع :

(الاول) لو اختلفا في وصف الثمن فكذلك لافرق بينهما وينسحب الاقوال فيه .

(الثاني) لو اختلف الوارثان أو أحدهما مع وارث الاخر فالبحث كما هو بين المتبايعين .

(الثالث) لو اختلفا في تعيين الثمن على وجه يكون العقد صحيحاً على قول واحد وفاسداً على قول الاخر ـ كما لو قال بعتك بعبد فقال الاخر بل بحر ــ

ويوضع لظروف السمن والتمر ماهو معتاد لامايزيد .

الخامس : القدرة على تسليمه :

فلو باع الابق منفرداً لم يصح ، ويصح لو ضم اليه شيئاً .

فالقول قول مدعي الصحة ، أوقال بعتك بصبرة فقال بل بمكوك[1] .

(الرابع) لوقال بعتك بمال في ذمتك فقال بل بمال في ذمة زيد ، فالقول قول البائع لاصالة ثبوت الثمن في ذمة المشتري . ويحتمل التحالف لتغاير الثمن بالمحل ، والاول أقوى .

قوله : فلو باع الابق منفرداً لم يصح ويصح لو ضم اليه شيئاً

بيع الابق مع الضميمة يصح اجماعاً ،ولامعها فاما أن يقدر المشتري على تحصيله أولا ، والثاني لايصح الامعها أيضاً . واختلف في الاول ، وهو ما اذا قدر المشتري على تحصيله، فقال المرتضى يصح من غير ضميمة واختاره العلامة وهو حسن لكونه عيناً مملوكة معلومة يمكن قبضها فيصح بيعها لعموم « وأحل الله البيع » .

ومنع الشيخ من ذلك الامعها مستنداً في الموضعين الى رواية سماعة قال سألته عن رجل يشتري العبد وهو آبق من أهله . فقال : لايصلح الا أن يشتري معه شيئاً آخر ، فيقول اشتري منك هذا الشيء وعبدك بكذا و كذا، فان لم يقدر

---

١) المكوك بفتح الميم وضم الكاف المشددة : مكيال معروف لاهل العراق، والجمع مكاكيك ومكاكي على البدل كراهية التضعيف. وهو صاع ونصف، وهو ثلاث كيلجات والكيلجة مناً وسبعة اثمان مناً، والمن رطلان ، والرطل اثنتا عشرة أوقية ، والاوقية استار وثلثا استار والاستار اربعة مثاقيل ونصف، والمثقال درهم وثلاثة اسباع درهم، والدرهم ستة دوانيق والدانق قيراطان ، والقيراط طسوجان ، والطسوج حبتان ، والحبة سدس ثمن درهم وهو جزء من ثمانية وأربعين جزءاً من درهم .

على العبد كان ثمنه الذي نقد في الشيء[1]. وهذا أعم من أن يكون مقدوراً على قبضه أولا .

وهذه الرواية وان كانت ضعيفة ، أما أولا فبسماعة ، وأمـا ثانياً فلعدم تعيين المسؤول فيها ، وأما ثالثاً فلكونها مخالفة للنظر من حيث أن جواز هذه المسألة مع كون الثمن في مقابلة الضميمة ومنع بيع المجهول منضماً الى معلوم ولايكون الثمن في مقابلة المعلوم ممالا يجتمعان ، وذلك لان الجهل ببعض المبيع كما يستلزم الجهل بكله كذلك تعذر التسليم في بعض المبيع يستلزم تعذر تسليم كله من حيث الكل ، لكنها مؤيدة بالعمل من الاصحاب حتى أنه اجماع منهم .

فوائـد :

(الاولى) لاخيار للمشتري مع العلم باباقه ، أما مع عدم علمه فله الخيار . ولايكون الثمن في مقابلة الضميمة حينئذ .

(الثانية) لوجعل العبد الابق ثمناً هل يصح ويفتقر الى الضميمة أم لا؟ يحتمل البطلان ، لانه خلاف النص والنظر . ويحتمل الصحة ، وهو الاقرب، اذلاتغاير بين العوضين الاباعتبار عارض. وعلى هذا يجوز أن يكون أحد الابقين ثمناً والاخر مثمناً مع الضميمة الى كل منهما .

(الثالثة) يشترط في الضميمة شرائط صحة البيع فيها من الملكية والمعلومية ومقدورية التسليم ، فلايصح كونها آبقاً آخر .

(الرابعة) لو تعددت العبيد كفت ضميمة واحدة ثمناً كانت أومثمناً .

(الخامسة) الابق مادام آبقاً ليس مبيعاً في الحقيقة ولاجزء مبيع لكنه مشروط

---

١) الكافي ٥/٢٠٩ ، التهذيب ٧/١٢٤ اللفظ للكافي ، وفي التهذيب ذيله هكذا : كان الذي نقده فيما اشترى منه ، الوسائل ١٢/٢٦٣ .

وأما الاداب : فالمستحب التفقه فيه والتسوية بين المبتاعين والاقالة لمن استقال ، والشهادتان ، والتكبير عند الابتياع ، وان يأخذ لنفسه ناقصاً ويعطى راجحاً .

والمكروه : مدح البائع ، وذم المشترى ، والحلف ، والبيع في موضع يستر فيه العيب ، والربح على المؤمن الامع الضرورة وعلى من بعده بالاحسان ، والسوم مابين طلوع الفجر الى طلوع الشمس ، ودخول السوق أولا ، ومبايعة الادنين وذوى العاهات والاكراد ، والتعرض للكيل أوالوزن اذا لم يحسن ، والاستحطاط بعد الصفقة ،

الملكية للمشتري ، كمن اشترى الحامل وشرط الحمل لـه ، فان الحمل ليس مبيعاً ولاجزء مبيع : أما أنه ليس مبيعاً بانفراده فظاهر. واما أنه ليس جزء مبيع فلانه ليس له شيء من الثمن ، فلوتلف قبل قبضه لم ينقص شيء من الثمن .

(السادسة) لوظهرفي الضميمة عيب فالمقسط لاجل الارش كل الثمن على هذه الضميمة ولااعتبار بالابق .

(السابعة) لو كان في الابق عيب لم يعلم به المشتري لم يكن له بـه أرش ولارد ، ولا ينقص شيء من الثمن بسبب عيبه .

(الثامنة) اذاردت الضميمة بعيب أوبخيار تبعها الابق، ولو كان البيع فاسداً من أصله تبعها الابق أيضاً .

(التاسعة) لاينفرد للابق حكم البتة الااذا غصبه غاصب أوجنى عليه جان . فان الارش أوالقيمة للمشتري، فلولم يتمكن المشتري من أخذ الجناية لم ينقص من الثمن شيء ، ولوتمكن المشتري من استيفاء ذلك صار جزء من المبيع . وكذا اذا جاءه العبد وتمكن منه ، فانه يصير جزء من المبيع ويكون له قسط من

والزيادة وقت النداء ، ودخوله في سوم أخيه ،

الثمن لزوال العلة التي هي العجزعن قبضه .

قوله : ودخوله في سوم اخيه

الدخول في السوم اما بأن يرغب البائع في ثمن أعلى يبذله له ، أويرغب المشتري في سلعة أجود من المسومة بذلك الثمن أومثلها بأنقص منه . كلاهما منهي عنه .

وهل ذلك على سبيل التحريم أوالكراهية ؟ قال في المبسوط بالاول، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لايسوم الرجل على سوم أخيه[1]. وهذا خبريراد به النهي ، كقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاتنكح المرأة على عمتها ولاعلى خالتها[2]. والنهي للتحريم .

وقال المصنف والعلامة بالثاني، لاصالة الجوازوالنهي المذكور محمول على الكراهة .

وهنا فوائد :

(الاولى) العقد الواقع عقيب السوم صحيح وان قلنا بالتحريم . ويحصل الملك به ، لان النهي خارج عن المعاملة .

(الثانية) الدخول في السوم لايختص بالبيع بل هومنهي عنه في سائر المعاوضات والعقود ولوكانت جائزة ، كالمضاربة بالسدس وقد تقررالثلث من العامل وبالعكس من المالك .

(الثالثة) قد يتصورالدخول في السوم وانلم يكن معاوضة كالعارية المطلقة فيقول « أعرني وأنالها ضامن » أوالادانة من غير رهن فيطلبها مع بذل الرهن .

---

١) ابن ماجة ٧٣٤/٢ ، الوسائل ٣٣٨/١٢.

٢) ابن ماجة ٦٢١/١ ، الترمذي ٤٣٢/٣ ، ابوداود ٢٢٤/٢.

وأن يتوكل الحاضر للبادي ، وقيل يحرم . وتلقى الركبان ، وحده أربعة فراسخ فما دون ، ويثبت الخيار ان ثبت الغبن،

قوله : وان يتوكل الحاضر للبادي وقيل يحرم ١)

التوكل المذكور منهي عنه، سواء كان لبائع أو لمشتر. ويحتمل أيضاً دخوله في سائر العقود كما قلنا في الأول للعلة المتحدة في الكل،وعموم « دعوا الناس بغفلاتهم يرزق الله بعضهم من بعض »[٢].

اذا تقرر هذا فالشيخ في المبسوط والخلاف قائل بالتحريم ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لايتوكل حاضر لباد[٣]. والمصنف والعلامة على الكراهية والتقرير كما تقدم .

قوله : وتلقي الركبان وحده اربعة فراسخ فما دون، و يثبت الخيار ان ثبت الغبن

فوائد :

(الاولى) التلقي المذكور مكروه مع القصد لاما وقع اتفاقاً .

---

١) قال في المسالك: المراد بالبادي الغريب الجالب للبلد، اعم من كونه من البادية أوقروياً ، ومعناه أن يحمل البدوي أو القروي متاعه الى بلد فيأتيه البلدي ويقول : انا أبيعه لك بأعلا مما تبيعه به وقبل ان يعرفه السعر ويقول : انا ابيع لك واكون سمساراً ، وقد ورد النهي عنه أيضاً ، قال صلى الله عليه وآله وسلم : لايبيع حاضر لباد دعوا الناس يرتزق بعضهم من بعض .

٢) الكافي ١٦٨/٥ ، التهذيب ١٥٨/٧ ، الوسائل ٣٢٧/١٢ .

٣) الكافي ١٦٨/٥ ، التهذيب ١٥٨/٧ ،الوسائل ٣٢٧/١٢ ، ولفظ الحديث فى هذه الاصول: لايبيع حاضر لبادي . وأيضاً ذكره الترمذي ٥٢٥/٣ بهذا اللفظ . وفي الخلاف لايجوز ان يبيع حاضر لباد سواء كان بالناس حاجة الى ما معهم أولم يكن لهم حاجة فان خالف اثم ،دليلنا عموم الخبر في النهي عن ذلك من قوله صلى الله عليه وآله وسلم: لايبيعن حاضر لباد .

(الثانية) الكراهة شاملة للبائع والمشتري لعموم العلة ، وهو غفلة البادي عن أحوال البلد وأسعاره .

(الثالثة) يثبت الخيار مع الغبن الفاحش لابدونه .

(الرابعة) اختلف في هذا الخيار هل هو على الفور أم لا ؟ قال العلامة بالاول حذراً من الاضرار المنفي لو تصرف الغابن، وقال الشيخ بالثاني لكن حده بثلاثة أيام حملا على الحيوان. واختار المصنف في الشرائع والسعيد بقاؤه الى حين اسقاطه لانه حق متملك فلايسقط بالتأخير كغيره من الحقوق كخيار العيب ، وهو قوي .

(الخامسة) قول المصنف في الشرائع « ولايثبت للبائع الخيار الا أن يثبت الغبن » يعطي اختصاصه بالبائع . وهو غير سديد، بل هو شامل له وللمشتري كما قلناه ، وعبارته هنا شاملة ، فهي أسد .

قوله : والزيادة فى السلعة مواطاة للبائع وهوالنجش

النجش لغة الأستتار للمخاتلة[1]،ومنه نجش الصيد اذا استتر له ليختله فكأن الناجش يستتر ليخدع المشتري باغرائه له بالزيادة واخفائه عدم رغبته .

وشرعاً قال المصنف هنا أنه الزيادة في السلعة مواطاة للبائع ، وقال في الشرائع : هو أن يزيد لزيادة من واطاه البائع. ولاشك أن بينهما فرقاً، وهو أنه على العبارة الاولى صفة للغار وهو المواطي للبائع، وعلى الثانية هو صفة للمغرور وغير المواطي . ولاشك أن المتبادر الى الفهم هو الاول لانه مكروه ، ولاشيء من فعل المغرور بمكروه ، ينتج أنه لاشيء من فعله بنجش وهو المطلوب .

١) ختله يختله : خدعه . ختل الذئب الصيد: تخفى له ، فهو خاتل وختول . وخاتله مخاتلة : خادعه .

والاحتكار ــ وهو حبس الاقوات ، وقيل يحرم .

وانما يكون في الحنطة والشعير ، والتمر والزبيب ، والسمن وقيل : وفي الملح ، وتتحقق الكراهية اذا استبقاه لزيادة الثمن ، ولم يوجد بائع غيره .

و قيل : أن تستبقيه في الرخص أربعين يوماً ، وفي الغلاء ثلاثة .

ويجبر المحتكر على البيع . وهل يسعر عليه ؟ الاصح : لا .

فعبارته هنا أسد .

هذا ، والكلام في الكراهية وثبوت الخيار وفوريته أو عدمها كالتلقي .

ثم يحتمل هنا عندي أيضاً عدم اختصاص النجش بالبيع، بل يشمل الأجارة والمزارعة والمساقاة وما يشبهها .

قوله : الاحتكار وهو حبس الاقوات وقيل يحرم

الى آخر الفصل .

الاحتكار لغة قال الجوهري : احتكار الطعام هو جمعه وحبسه يتربص به الغلاء وهو الحكرة بالضم .

اذا عرفت هذا فهنا مسائل :

(الاولى) عرفه المصنف هنا بأنه حبس الاقوات ، والمراد بالقوت هنا ما يكون مقصوداً بالتغذية ، وأما ما لا يكون مقصوداً فهو فاكهة أو خضراوات .

ثم المقصود بالتغذية به غالباً هو هذه الخمسة، أعني الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن، وما شابهه من الزيت والشبرج . وأضاف الشيخ في المبسوط الملح ، وكأن المصنف يستضعفه لعدم معنى القوتية فيه أولا ولعدم الوقوف على دليل ثانياً .

(الثانية) الحبس المذكور هل هوحرام أومكروه ؟ قال الشيخان بالثاني ، للاصل، ولعموم «الناس مسلطون على أموالهم»[1]، ولقول الصادق عليه السلام يكره أن يحتكر الطعام ويترك الناس ليس لهم طعام[2].

وقال ابن بابويه محمد بالاول ، واختاره العلامة لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: لايحتكر الطعام الاخاطىء[3]، وقول الصادق عليه السلام: المحتكر ملعون[4] وللاضرار بالناس المنهي عنه بقوله « ص » : لاضرر ولاضرار في الاسلام[5]. وهوأقوى .

ويجاب عن الاول بأن الاصل يخرج عنه بالدليل وقد بيناه ، وعن الثاني بأن الخاص يقدم وهو دليلنا، وعن الثالث بالحمل على التحريم جمعاً بين الادلة وللتقي القولان .

(الثالثة) يشترط في التحريم أوالكراهية أمران: « ١ » كون الاستبقاء للزيادة في الثمن لالقصد القوت أوالزرع أوغيرذلك. «٢» أن لايوجد باذل ، فلووجد زال التحريم أوالكراهية . نعم يكره لكونه طعاماً يطلب في بيعه الغلاء غالباً . وقال الشيخ حد الاستبقاء في الغلاء ثلاثة أيام وفي الرخص أربعون يوماً، والمعتمد ما قلناه .

(الرابعة) لانعلم خلافاً في جبر المحتكر على البيع، وهودليل على تحريمه نعم مع الجبر هل يسعر عليه ؟ فيه أقوال :

« ١ » قول الشيخ بعدمه مطلقاً ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : السعر

---

١) البحار ٢٧٢/٢ ، العوالى ٤٥٧/١.

٢) الكافى ١٦٥/٥، التهذيب ١٦٠/٧، الوسائل ٣١٣/١٢، الاستبصار ١١٥/٣

٣) الوسائل ٣١٤/١٢، التهذيب ١٥٩/٧، الاستبصار ١١٤/٣، ابن ماجة ٧٢٨/٢

٤) الكافى ١٦٥/٥ ، التهذيب ١٥٩/٧، الاستبصار ١١٤/٣، الوسائل ٣١٣/١٢

٥) الوسائل ٣٧٦/١٧ .

الفصل الثالث

(فى الخيار والنظر فى اقسامه وأحكامه)

واقسامه ستة :

(الاول) خيار المجلس ،وهو ثابت للمتبايعين فى كل مبيع لم يشترط فيه سقوط مالم يفترقا .

الى الله يرفعها اذا شاء ويضعها اذا شاء [1]، ولعموم قوله «ص» : الناس مسلطون على أموالهم [2] .

« ٢ » قول المفيد بالتسعير والالجاز أن يطلب الشطط [3] فتنتفي فائدة الجبر

« ٣ » قول ابن حمزة ، وهو التسعير ان أفرط في طلب الزيادة والافلا . وهذا قريب لكن مع الافراط يباع عليه .

قوله : فى الخيار

الخيار والخيرة بمعنى واحد، وهو المشية في ترجيح أحد الطرفين الجائزين وشرعاً هو عبارة عن ملك اقرار العقد وازالته بعد وقوعه مدة معلومة ، وهو أقسام :

منها خيار المجلس ،ودليل ثبوته قوله صلى الله عليه وآله : البيعان بالخيار حتى يفترقا [4] ، وفيه فوائد :

« ١ » اختصاصه بالبيع ، فلايثبت في غيره من العقود .

« ٢ » ثبوته للمتعاقدين معاً ، أي لكل منهما ذلك .

« ٣ » انه سمى المشتري بيعاً تغليباً للفظ البائع كالعمرين والقمرين ، وانما

---

١) التهذيب ١٦١/٧ ، الاستبصار ١١٤/٣ ، الفقيه ١٦٨/٣ ، الوسائل ٣١٧/١٢

٢) البحار ٢٧٢/٢ .

٣) شط فى السوم : افرط .

٤) الكافى ١٧٠/٥ ، الوسائل ٣٤٥/١٢ .

(الثاني) خيار الحيوان ، وهو ثلاثة أيام للمشترى خاصـة ، على الاصح .

غلب البائع لانه الأصل في الخيار لجواز ندمه غالباً .

« ٤ » ما هنا بمعنى المدة ، أي مدة عدم افتراقهما ، فلايقدر بزمان .

« ٥ » الافتراق هنا ليس باللفظ كما يقول ابوحنيفة بل بالابدان ولو بخطوة وذلك لانه لما كان الاجتماع على التساوم وانما هو بالابدان كان الافتراق بالابدان أيضاً . وأصله من الفرق ، وهو قسم الشعر وابعاد بعضه عن بعض .

« ٦ » هل عدم الافتراق هنا بمعنى السلب أو عدم الملكة، أي عدم الافتراق عما من شأنه ، كلاهما محتمل . وتظهر الفائدة في العاقد عن اثنين كالاب والجد فانه على السلب يثبت الخيار مالم يشترط سقوطه أو يلتزم به عنهما بعد العقد أو تفارق المجلس وهو قول الشيخ في المبسوط، وعلى الثاني ـ وهو عدم الملكة ـ لم يثبت لعدم تحقق الافتراق الابين اثنين .

قوله : خيار الحيوان وهو ثلاثة ايام للمشترى خاصة على الاصح

هنا مسألتان :

(الاولى) هل الخيار هنا لكل من المتبايعين أم للمشتري خاصة ؟ المرتضى على الاول، لرواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام : المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان وفيما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا[1] . والبيعان حقيقة في البائع والمشتري كما تقدم تقريبه من التغليب ، أو لكون كل منهما بائعاً لغة .

والشيخان وابن الجنيد وسلار والصدوق وابن ادريس على الثاني، لاصالة لزوم البيع خرج المشتري للاجماع عليه فيبقى البائع على الاصل، ولصحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام: في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري وهو

---

١) التهذيب ٢٤/٧ ، الوسائل ٣٤٩/١٢ .

بالخيار ان اشترط أولم يشترط[1].

ان قلت: نفي خيار البائع مستفاد من الرواية بالمفهوم وليس حجة عندنا .

قلت : ليس كذلك ، بل الرواية دلت على المشتري ، وأما البائع فمنفي بالاصل . وهذا هو المشهور وعليه الفتوى .

وأما رواية محمد بن مسلم فحملها العلامة على كون العوضين حيواناً عملا بالمقتضي لثبوته للمشتري ، وهو خفاء حال الحيوان .

(الثانية) وقع الاتفاق على كون الخيار هنا ثلاثة أيام ، لكن اختلف هل مبدأها العقد أوحين الافتراق؟ قيل بالثاني والالزم اما اجتماع المثلين أواجتماع العلتين على معلول واحد شخصي، و كلاهما منفي. بيان[2] الملازمة أن مدة خيار المجلس اما أن يكون الثابت فيها خيارين أوواحداً، فان كان الاول لزم اجتماع المثلين ، وان كان الثاني لزم اجتماع العلتين على المعلول الواحد .

وقيل بالاول . وهو الحق، لانه العلة ، فلوتأخر عنه لتأخر المعلول عن علته .

والجواب عن الاول : لانا نختار ثبوت خيارين ونمنع كونهما مثلين، لان أحدهما خيار المجلس وهو ثابت للمتبايعين والاخر خيار الحيوان وهو ثابت للمشتري خاصة . أوواحد ولايلزم ماذكرتم،لان علل الشرع معرفات لامؤثرات.

وتظهر فائدة الخلاف أنه على تقدير كون مبدئه العقد يكون الخياران ثابتين ، فلو أسقط أحدهما بقي الاخر ، بخلاف ما لوقلنا بثبوت خيار واحد وهو خيار المجلس، فانه لايلزم من اسقاط أحدهما بقاء الاخر في ذلك الزمان .

و كذا الكلام في خيار الشرط والخلاف فيه أيضاً . والحق أيضاً أن مبدأه العقد ، لان اطلاق المدة يقتضي الاتصال . وايضاً لوتأخر الى حين التفرق

---

١) التهذيب ٢٤/٧ ، الفقيه ١٢٦/٣ ، الوسائل ٣٤٩/١٢ .

٢) في بعض النسخ : بيان اللزوم .

ويسقط لو شرط سقوطه ، أو أسقطه المشترى بعد العقد ، أو تصرف فيه المشترى ، سواء كان تصرفاً لازماً كالبيع أو غير لازم كالوصية والهبة قبل القبض .

(الثالث) خيار الشرط وهو بحسب مايشترط .

ولا بد أن تكون مدته مضبوطة .

ولو كانت محتملة لم تجز كقدوم الغزاة وادراك الثمرات .

ويجوز اشتراط مدة يرد فيها البائع الثمن ويرتجع المبيع .

لزم جهالة المدة . وهذا قول ابن ادريس ، وقول الشيخ في المبسوط والخلاف وابن زهرة مبدؤه التفرق .

قوله : خيار الشرط وهوبحسب ما يشترط

يريد أن خيار الشرط ليس لازماً بالاصل بل هو تابع لارادة المتبايعين ، وهذه الجملة تشمل مسائل :

(الاولى) أنه يكون لكل من المتبايعين ولاحدهما خاصة .

(الثانية) انه قد لايكون للمتبايعين بل للاجنبي خاصة وله مع أحد المتبايعين ومعهما معاً .

(الثالثة) أن المدة فيه ليس لها مقدر شرعي بل بحسب اشتراطها لكن مع الضبط بحيث لاتحتمل زيادة ونقصاناً .

وخالف جماعة من الجمهورهنا حيث قيدوا المدة بثلاثة أيام. لنا على ذلك كله قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم[1] .

قوله : ويجوزاشتراط مدة يردفيها البائع الثمن ويرتجع المبيع

هذه المسألة توهم التكرار، وليس به بل هواشارة الى تفصيل خيارالشرط

---

1) التهذيب ٧/ ٢٢ .

فلو انقضت ولما يرد لزم البيع .

ولو تلف فى المدة تلف من المشترى . وكذالو حصل له نماء كان له .

(الرابع) خيار الغبن . ومع ثبوته وقت العقد بمالايتغابن فيه غالباً وجهالة المغبون يثبت له الخيار فى الفسخ والامضاء .

وذلك لانه تارة يذكر الخيار في فسخ العقد خاصة سواء أحضر الثمن أولا . وتارة يكون مع شرط احضار الثمن. وهوهذه المسألة، فلو لم يحضر الثمن وفسخ لم يكن لفسخه تأثير بل العقد باق على لزومه .

قوله : خيار الغبن ـ الخ

هنا فوائد :

(الاولى) ان هذا النوع من الخيار لم يذكره كثيرمن المتقدمين بل ذكره المتأخرون عملا بقوله صلى الله عليه وآله : لاضرر ولاضرار في الاسلام[1] . وبقوله : فقل اذا ابتعت لاخلابة[2] .

(الثانية) انه ثابت في كل معاوضة مالية محضة كالبيع والاجارة والمزارعة والمساقاة والصلح وغيرها من المعاوضات المالية عملا بالعلة .

(الثالثة) أنه لايثبت به أرش ، بل اما الرد أو الالتزام بمقتضى العقد لزوال الضرر بذلك وأصالة لزوم مقتضي العقد وعدم الالزام بشيء ، ولانه ليس بعيب والأرش في مقابلة العيب .

---

١) الوسائل ١٧/٣٧٦ ، الكافى ٥/٢٩٢ .

٢) كنزالعمال ٤/٦١ وفيه : بع وقل لاخلابة ، ٩١ : اذا انت بايعت فقل : لاخلابة ١٥٥ من بايعت فقل: لاخلابة . والخلابة بكسر الخاء المعجمة: المخادعة ، وقيل :الخديعة باللسان ، سنن ابى داود ٣/٢٨٢ . البخارى بشرح الكرمانى ١٠/١٢ .

(الخامس) من باع ولم يقبض الثمن ولاقبض المبيع ولااشترط التأخير فالبيع لازم ثلاثة أيام . ومع انقضائها يثبت الخيار للبائع .

فان تلف، قال المفيد : يتلف فى الثلاثة من المشترى، وبعدها من البائع .

والوجه تلفه من البائع فى الحالين لان التقدير أنه لم يقبض .

ولو اشترى مايفسد من يومه، ففى رواية يلزم البيع الى الليل، فان لم يأت بالثمن فلا بيع له .

(السادس) خيار الرؤية :

(الرابعة) انه هل يسقط هذا الخيار بالتصرف أم لا ؟ اختلف عبارة العلامة في ذلك، وأما المصنف فقال في الشرائع لايسقط ذلك الخيار بالتصرف اذا لم يخرج عن المالك أويمنع مانع من رده كالاستيلاء في الامة والعتق .

والتحقيق هنا أن نقول :ان كان المغبون هو البائع لم يسقط بتصرف المشتري مطلقاً، لاصالة بقاء حقه وعدم بطلانه بتصرف المشتري، وان كان هو المشتري لم يسقط بتصرفه الأان يخرج عن ملكه أويمنع منه مانع .

قوله: من باع ولم يقبض الثمن ولاقبض المبيع ولااشترط التاخير فالبيع لازم ثلاثة ايام

هنا مسائل :

(الاولى) هذا النوع من الخيار من خواص أصحابنا، لم يقل به أحد من الجمهور . وشروطه ثلاثة : « ١ » عدم قبض الثمن، أي كله، فلوقبض البعض فالحكم كمالو لم يقبض. « ٢ » عدم تقبيض المبيع كذلك، أي كله أيضاً، فتقبيض

وهو يثبت في بيع الاعيان الحاضرة من غير مشاهدة .

ولا يصح حتى يذكر الجنس والوصف .

فان كان موافقاً لزم ، والا كان للمشتري الرد .

وكذا لو لم يره البائع واشترى بالوصف كان الخيار للبائع لو كان بخلاف الصفة .

وسيأتي خيار العيب ان شاء الله تعالى .

وأما الاحكام : فمسائل :

البعض كلاتقبيض . «٣» عدم اشتراط التأخير في الامرين، أعني الثمن والمثمن احترازاً من النسيئة والسلف .

(الثانية) لو تلف المبيع فاما من الثلاثة أو بعدها، فان كان بعدها فمن البائع اجماعاً ، وان كان الاول فقال المفيد يكون من المشتري لانه ملكه وهو أحق به ولان التأخير لمصلحته . وقال الشيخ ـ وهو اختيار المصنف ـ أنه يكون من البائع أيضاً ، لقوله صلى الله عليه وآله : كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه ، وهنا كذلك .

(الثالثة) لو كان المبيع والحالة هذه لايبقى ثلاثة أيام فكثير من الاصحاب عبر بالخيار الى الليل.

وأما المصنف فقال في الشرائع : لو اشترى ما يفسد من يومه فان جاء بالثمن قبل الليل والافلا بيع له . وهو يدل على عدم ثبوت الخيار . قال الشهيد وهو حسن لموافقته الرواية عن الصادق عليه السلام: ان جاءه بالثمن فيما بينه وبين الليل والافلا بيع له . والتحقيق أن الفساد ليومه ليس ضابطاً بل الى أن يشرف على الهلاك .

(الاولى) خيار المجلس ، يختص البيع دون غيره .

(الثانية) التصرف يسقط خيار الشرط .

(الثالثة) الخيار يورث ، مشروطاً كان أو لازماً بالاصل .

(الرابعة) المبيع يملك بالعقد . وقيل : به وبانقضاء الخيار .

ثم ان تسمية هذا خياراً مجاز من باب تسمية الشيء باسم مايؤول اليه .

قوله : التصرف يسقط خيار الشرط

هنا فوائد :

(الاولى) يريد بالتصرف هنا مالم يكن على وجه الاختبار ، كذوق الطعام وركوب الدابة لدفع الجموح[1] وللنقل وأمثاله ، فانه غير مسقط للخيار ، بخلاف التصرف الناقل أومايؤذن باستقرار الملك .

(الثانية) انه لافرق بين خيار الشرط أو غيره فيما ذكرناه ، فلاوجه حينئذ لتخصيصه بخيار الشرط .

(الثالثة) لو كان الخيار لهما وتصرف أحدهما سقط خياره خاصة ، ولو كان بأذن الاخر سقط الخياران .

قوله : المبيع يملك بالعقد ، وقيل : به وبانقضاء الخيار

الاول هو الحق ، وبه قال المحققون من الأصحاب لوجوه :

« ١ » ـ قوله تعالى « ولاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الأأن تكون تجارة عن تراض منكم »[2]، علق اباحة التصرف بالتجارة على التراضي أعني البيع ، فلولم يكن مقيداً للملك لماجاز التعليق عليه .

---

١) جمح الفرس براكبه يجمع جماحاً بالكسر وجموحاً : استعصى حتى غلبه فهو جموح بالفتح وجامح .

٢) سورة النساء : ٢٩.

واذا كان الخيار للمشترى، جاز له التصرف،وان لم يوجب البيع على نفسه.

«٢» - قدتقررفي الاصول أن الصحة عبارة عن ترتب الاثر ، فحال وقوع العقد ان وصف بالصحة ثبت المطلوب وان لم يوصف فلاخيار لترتبه على العقد الصحيح والفرض عدمه.

«٣» - ان المقتضي للملك - وهو العقد - موجود، لانه السبب الشرعي لنقل العين هنا، ولذلك عرفوه بأنه انتقال عين أوتمليك عين. والمانع مفقود، اذليس هنا الاثبوت الخيار وهوغيرمناف للملك كخيار العيب ، فيكون الملك حاصلا وهو المطلوب.

«٤» - انه لولم ينتقل بالعقد الى المشتري لكان موقوفاً، وحينئذ لم يكن فرق بين بيع المالك وبيع الفضولي. واستحالة اللازم ظاهرة.

والثاني قول الشيخ في الخلاف ، واحتج بأن البيع مع الخيار قاصر عن البيع من غير خيار ، والقصور ليس الالعدم افادة الملك،لانه لوأفاده لما كان قاصراً بل مساوياً. هذا خلف.

والجواب: بالمنع من كون القصور ليس الالعدم افادة الملك، لجواز أن يكون لعدم اللزوم ، وذلك كاف في الفرق.

ثم ان فائدة الخلاف تظهرفيما لووقع الفسخ بعد حدوث النماء ، فانه على الملك بالعقد يكون للمشتري لكونه حدث على ملكه ، وعلى قول الشيخ يكون للبائع لتوقف انتقال الاصل عنه على انقضاء الخيار ولم يحصل.

وعلله في المبسوط في ضمان البائع فيكون النماء له ،وفيما لوزاد في الثمن أونقص في مدة الخيار فان ذلك لازم عند الشيخ حتى أنه يلزم الشفعة به.

قوله: واذا كان الخيار للمشترى جازله التصرف وان لم يوجب البيع على نفسه

(الخامسة) اذا تلف المبيع قبل قبضه، فهو من مال البائع وكذا بعد قبضه وقبل انقضاء خيار المشترى، مالم يفرط، ولو تلف بعد ذلك كان من المشترى.

(السادسة) لو اشترى ضيعة رأى بعضها ووصف له سائرها كان له الخيار فيها أجمع، ان لم يكن على الوصف.

الفصل الرابع

(فى لو احق البيع وهى خمسة)

(الاول) النقد والنسيئة.

هذا فرع على القول بالملك بالعقد وعدمه، فانه على الاول يجوز التصرف لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: الناس مسلطون على أموالهم[1]. وعلى الثاني لايجوز الاعلى تقدير ايجاب البيع على نفسه. ومعنى ايجاب البيع هو الالتزام بمقتضى العقد ورفع جميع الخيار، ولما كان مذهب المصنف الملك بالعقد قال بجواز التصرف وان لم يوجب البيع على نفسه.

قوله: الاول النقد والنسيئة

البيع بالنسبة الى تعجيل الثمن والمثمن أربعة أقسام: لانه اما أن يقع مطلقاً أو يشترط تعجيلهما أولا، والاولان هو بيع النقد، والثالث اما أن يشترط تأخيرهما ويسمى بيع الكالي بالكالي وهو باطل اتفاقاً، أو اشترط تأخير الثمن وهو بيع النسيئة أو تأخير المثمن وهو بيع السلف. فالبيع الصحيح حينئذ ثلاثة نقد ونسيئة وسلف.

---

[1]) البحار ٢/٢٧٢.

من ابتاع مطلقاً فالثمن حال، كمالو شرط تعجيله.

ولو شرط التأجيل مع تعيين المدة صح.

ولو لم يعين بطل. وكذالو عين أجلا محتملا كقدوم الغزاة.

وكذالو قال: بكذا نقداً، وبكذا نسيئة، وفى رواية: له أقل الثمنين نسيئة. ولو كان الى أجلين بطل.

ويصح أن يبتاع ماباعه نسيئة قبل الاجل بزيادة ونقصان بجنس الثمن غيره، حالا ومؤجلا اذا لم يشترط ذلك.

أما تسمية الاولين نقداً فمن قولهم درهم نقد أى وازن جيد، وأما تسمية الثاني لان البائع والمشتري كلامنهما يكلأ صاحبه أى يراقبه لاجل ماله عليه[1] فيكون اسم فاعل. وفي الكلام حينئذ اضمار، أي بيع مال الكالي بمال الكالي لاستحالة ورود البيع على العاقدين. ويجوز أن يكون اسم مفعول كالدافق، وحينئذ لااضمار.

وعلى التقديرين هو مجاز من تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه، لان حال العقد ليس هناك كالي.

ومنهم من فسره ببيع دين بدين[2]، وحينئذ يكون حقيقة.

وأما النسيئة فمن قولك نسأت الشيء نسئاً: أي أخرته. والسلف يأتي.

قوله: وكذا لو قال بكذا نقداً وبكذا نسيئة، وفى رواية له اقل الثمنين نسيئة

---

١) اى لاجل ماله الذى فى ذمته.

٢) قال ابوعبيد: صورته ان يسلم الرجل الدراهم فى طعام الى أجل فاذا حل الاجل يقول الذى عليه الطعام ليس عندى طعام ولكن بعنى اياه الى اجل فهذه نسيئة انقلبت الى نسيئة، فلو قبض الطعام ثم باعه منه اومن غيره لم يكن كالئاً بكالى.

ولو حل فابتاعه من المشترى بغير جنس الثمن أو بجنسه من غير زيادة ولا نقصان صح .

ولو زاد عن الثمن أو نقص ففيه روايتان ، أشبههما : الجواز .

هذا عطف على قوله «ولولم يعين بطل» فان التأخير غرض مقصود فيكون له دخل في الثمن زيادة ونقصاناً، فمع عدم ضبطه لايعلم قدر الثمن فيبطل [العقد] وكذا اذالم يعين لزوم التأخر أوعدمه يستلزم تجهيل الثمن فيبطل أيضاً، ولعدم الجزم ببيع واحد فكان باطلا كما لوقال « بعتك هـذا أوهذا » ، ولانه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن بيعين في بيعة[1].

وهذا فتوى الشيخ في المبسوط والقاضي وابن حمزة وابن ادريس، أما الرواية المشار اليها فهي عن محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام عـن علي عليه السلام[2]، ومثلها رواية السكوني عن الصادق عن علي عليهما السلام[3].

وعمل بذلك الشيخ في النهاية اعتماداً على الروايتين وعلى أنه يجوز أن حطته فارسياً فدرهم ورومياً فدرهمان ، وان خطته اليوم فكذا وغداً فكذا .

والجواب : أما عن الروايتين فبضعفهما ، لان محمد بن قيس مشترك بين الضعيف وغيره ، وهوغير متعين في الرواية من هو ، والسكوني عامي. وأما عن الاستدلال فلانه قياس مع أن أصله ممنوع كما يجيء ، وان سلم صحته كان اللازم فيه أقل الاجرتين في أجود العملين أوأبعدهما اجلا ولايقولون به .

قوله : ولوزاد عن الثمن اونقص ففيه روايتان أشبههما الجواز

---

١) الترمذي ٣/٥٣٣ ، التهذيب ٧/ ٢٣٠ .

٢) الكافي ٥/٢٠٦ ، الفقيه ٣/١٧٩ .

٣) التهذيب ٧/٥٣.

ولا يجب دفع الثمن قبل حلوله وان طلب . ولو تبرع بالدفع لم يجب القبض ، ولو حل فدفع وجب القبض .

ولو امتنع البائع فهلك من غير تفريط من الباذل تلف من البائع.

وكذا في طرف البائع لو باع سلماً .

أما رواية المنع فعن الحلبي عن الصادق عليه السلام[1]، وعمل بها الشيخ في النهاية . وأمارواية الجوازفعن ابانبن عثمان عن عبيد بنزرارة عنالصادق عليه السلام[2].

وعمل بها المفيد وابن ادريس والعلامة ، وعليهاالفتوى ، لانها وان كانت موثقة والاولى حسنة ، لكن النظر يؤيدها، لاصالةالصحة ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس مسلطون على أموالهم[3] . وتحمل الاولى على الكراهية .

قوله : ولوامتنع البائع فهلكمنغير تفريط منالباذل تلف منالبائع وكذا فيطرف البائع لوباع سلماً

هذاقول الشيخ فيالنهاية، وقال فيالمبسوط يجب تسليمالحق فيالصورتين الى الامام ليحفظه لمستحقه معامتناعه من قبضه أوابراء ذمة من عايه .

ويؤيدالاول أصالة براءة الذمة من ذلك الوجوب ، ومن عليه الحق قدقام بماوجب عليه وهوالتمكين التام ، ويؤيدالثاني كونه ولي منلاوليله وقائماًمقام صاحبالحق ، ولايجب علىمن عليهابقاء ذلكالحق عنده بلدفعهالى منهولهأو الىمن يقوم مقامه. فالاولى حينئذالتفصيل، وهوأنه معامكان الحاكم ودفعه اليه

---

١) التهذيب ٥٦/٧ ، الكافي ١٩٥/٥ ، الوسائل ٣٩٢/١٢ .

٢) الكافي ١٨٦/٥ ، التهذيب ٣٣/٧ ، الوسائل ٧١/١٣ .

٣) البحار ٢٧٢/٢ .

ومن ابتاع بأجل وباع مرابحة فليخبر المشتري بالاجل .

ولو لم يخبره ، كان للمشترى الرد أو الامساك بالثمن حالا .

وفى رواية : للمشترى من الاجل مثله .

يجب ذلك والافالواجب تمكينه منه لاستلزام عدمه اضرارمن عليه الحق ، وقال صلى الله عليه وآله وسلم: لاضرر ولااضرار في الاسلام[1] وكذا البحث في كل من عليه حق حال أوعنده أمانة امتنع صاحبها من قبضها .

قوله : ومن ابتاع بأجل وباع مرابحة فليخبر المشترى بالاجل ولولم يخبره كان للمشترى الرد أو الامساك بالثمن حالا وفى رواية للمشترى من الاجل مثله .

هنا فوائد :

(الاولى) البيع ينقسم بالنسبة الى رأس المال اربعة: لانه لايخلواماأن يخبر برأس المال أولا ، والثاني يسمى مساومة من الاسامة ، وهـو الارسال لارسال البيع وعدم ذكررأس ماله ، والاول لايخلواما أن يبيع بذلك أوبزيادة أوبنقيصة والاول يسمى تولية ، والثاني مرابحة ، والثالث مواضعة . والتسمية ظاهرة .

(الثانية) يجب في كل واحدمن الاقسام الثلاثة الاخيرة ذكررأس المال كما هومن غيرزيادة ولانقيصة والاكان خديعة وخيانة، والاجل وان لم يكن جزء من رأس المال لكنه كالجزء لاختلاف الاغراض باختلافه في زيادة الثمن ونقيصته فيجب ذكره حينئذ .

(الثالثة) لوباع مااشتراه بأجل مرابحة ولم يخبر المشتري بالاجل كان باخسأ له ، فللمشتري حينئذالخيار بين الفسخ واسترجاع الثمن وبين الامساك للمبيع

---

(١) الكافي ٥/٢٩٢ ، الوسائل ١٧/٣٧٦ .

بجملة الثمن الذى وقع عليه العقد .

أماالاول فللخيانة المذكورة ، وأما الثاني فلانه عقد على مبيع معلوم بثمن معلوم حال العقد مقرون ذلك بالرضا منهمافيكون صحيحاً ، فيملك البائع جملة الثمن بذلك واخفاء الاجل لايوجب أن يكون للمشتري مثله ، غاية مافي الباب يوجب له التخيير كالعيب اذالم يعلم به. وهذا قول الشيخ في المبسوط والخلاف وابن ادريس والعلامة .

(الرابعة) الرواية المشاراليها هي عن هشام بن الحكم عن الصادق عليه السلام[1] ومثلها عن ميسر بياع الزطي عن الصادق عليه السلام : اذابعته مرابحة كان له من النظرة مثل مالك . قال : فاسترجعت وقلت هلكنا ، فلمارأى ماشق علي قال: أفلا افتح لك باباً يكون لك خرج منه قل قام علي بكذا وأبيعك بزيادة كذا ولا تقل بربح كذا[2].

وأجاب العلامة بأنها محمولة على ما اذا باعه بمثل ما اشتراه وأخفى عنه النسيئة ولم يشترط النقد، فانه والحال هذه يكون له من الاجل مثل ماكان للبائع .

وفيه نظر : أماأولا فلان قوله «باعه بمثل مااشتراه » ان أرادبه أنه هكذا وقع العقد من غير تعيين كمية الثمن فالعقد باطل ، وان أراد مع تعيين الكمية ولم يدع حلولا ولاعدمه فهو المسألة المبحوث عنها، والرواية تدل على خلافه فلا تكون هي محملا ، وان كان مع دعوى الحلول ثم يظهر خلافه فيكون له من الاجل مثله امكن أن يكون ذلك محملا للرواية لكن لاتكون مسألة أخرى غير المبحوث عنها هى محمل للرواية ، فان المسألة المبحوث عنها شاملة للقسمين ، لانها عبارة عن أن يشتري سلعة بأجل ويبيع مرابحة ولم يخبر بالاجل وذلك أعم من أن يدعى الحلول

(١) الكافي ٢٠٨/٥ .

(٢) الكافي ١٩٨/٥ ، التهذيب ٥٦/٧ ، الفقيه : انظر روضة المتقين ٨٣/٧ .

مسألتان :

(الاولى) اذا باع مرابحة فلينسب الربح الى السلعة .

ولو نسبه الى المال فقولان، أصحهما : الكراهية .

وعدمه ، فمحمل الرواية لاوجوده .

وأماثانياً فلانه لو كان كما قال لما استرجع السائل ولما احتاج الى المخلص الذي ذكره الامام عليه السلام في الرواية الثانية .

وأماثالثاً فلان قوله « ولم يشترط النقد » لامعنى له ، اذاطلاق العقد ينصرف الى النقد لا الى النسيئة ، فلافرق بين اشتراط النقد وعدمه الا في تسلط البائع على الفسخ لوشرط النقد و لم يحصل .

واعلم أنه قد يرجح العمل بالرواية نظراً الى وضع المرابحة وحذراً من اطراحها مع صحتها . لكن العمل بها مشكل : أما أولا فللدليل المذكور أولا ، وأما ثانياً فلان الرواية الثانية تضمنت مالا وجه له ، وهو أنه فرق بين قوله « أبيعك بزيادة كذا » وبين « أبيعك بربح كذا » ولم نر أحداً فرق بينهما .

قوله : اذا باع مرابحة فلينسب الربح الى السلعة ولونسبه الى المال فقولان اصحهما الكراهية

نسبة الربح الى السلعة هو أن يقول: رأس مالي في هذه السلعة كذا وبعتك اياها بذلك وبربح كذا، ونسبته الى المال هو أن يقول: بعتك اياها بذلك وبربح درهم في كل عشرة مثلا .

والاول لاخلاف في صحته ، وأما الثاني فقال الشيخان في النهاية والمقنعة

(الثانية) من اشترى أمتعة صفقة ، لم يجز بيع بعضها مرابحة سواء قومها أو بسط الثمن عليها وباع خيارها .

ولو أخبر بذلك جاز لكن يخرج عن وضع المرابحة .

لا يجوز لرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام[1] وهي قاصرة عن مرادهما ، وان سلم فهي محمولة على الكراهية ، لرواية أبان عن محمد عن الصادق عليه السلام : اني اكره عشرة بأحد عشرة وعشرة باثني عشرة[2]. وماحكي عن ابن عباس أنه قال : اكره أبيع ده يازده وده دوازده لانه بيع الاعاجم .

قوله : من اشترى امتعة صفقة لم يجز بيع بعضها مرابحة سواء قومها أوبسط الثمن عليها وباع خيارها، ولواخبربذلك جاز لكن يخرج عن وضع المرابحة

هنا فوائد :

(الاولى) مراده بالصفقة أي في عقد واحد، ويسمى العقد الواحد صفقة اعتباراً بما كانوا يصنعونه من وضع أحد هما يده في يد صاحبه حالة البيع ، أو أنه يصفق أحدهما على يد الاخر عند انتهاء العقد .

(الثانية) انما لم يجز بيع بعضها مرابحة لان المرابحة لابد فيها من الاخبار برأس المال، وهوغير حاصل لانه لم يشتر تلك السلعة وحدها بشيء حتى يخبربه ولم نعلم في ذلك خلافاً الامن ابن الجنيد ، وحيث جوز ذلك اذا كانت الامتعة لاتفاضل بينها . وما ذكره المصنف هواختيار ابن ادريس والعلامة .

(الثالثة) أنه كما لايجوز البيع في ذلك مرابحة كذا لايجوز مواضعة وتولية عملا بالعلة .

---

(١) التهذيب ٧/٥٤ ـ ٥٥ ، الكافي ٥/١٩٧ .

(٢) الكافي ٥/١٩٧ ، التهذيب ٧/٥٥ .

ولو قوم على الدلال متاعاً ولم يواجبه البيع وجعل له الزائد أو شاركه فيه أو جعل لنفسه منه قسطاً وللدلال الزائد، لم يجز بيع ذلك مرابحة .

ويجوز لو أخبر بالصورة كما قلناه فى الاول، ويكون للدلال الاجرة .

والفائدة للتاجر ، سواء كان التاجر دعاه أو الدلال ابتدأه .

ومن الاصحاب من فرق .

(الرابع) لواستأجر أمكنة صفقة أوتقبل بأعمال صفقة وقلنا بجواز الايجار بالزيادة مطلقاً هل له هذا الايجار على صفة المرابحة أم لا؟ يحتمل ذلك، والاقوى عدمه عملا بالعلة ، سواء قوم أو بسط .

(الخامسة) لوباعه عشرة أثواب مثلا كل ثوب بخمسة مع تساويها أو كل جيد منها بسبعة وكل ردىء بخمسة وكانا معلومين، فالظاهر جواز الاخبار حينئذ لكن مع الاشارة الى كل واحد حال البيع لانه في حكم العقود المتعددة . وكذا البحث في استيجار الامكنة المتعددة. ويحتمل ضعيفاً عدمه فيهما، والاول أجود في المسألتين .

قوله : لوقوم على الدلال متاعا. الى قوله : ومن الاصحاب من فرق

ما ذكره المصنف هوقول ابن ادريس ، وتقريره : انانمنع كون الزائد للدلال لان مجردالتقويم ليس ببيع ولا اجارة ولاجعالة لجهالة العوض، بل الزائد للتاجر لانه ثمن متاعه وعليه أجرة المثل للدلال ، لانه أمره بعمل له أجرة بالعادة .

وأما الفارق بين الصورتين فهوالشيخان ، فانهما قالا ان كان التاجر ابتدأ

(الثانی) فیما یدخل فی المبیع .

من باع أرضاً لم یدخل نخلها ولا شجرها الا أن یشترط .

وفی روایة: اذا ابتاع الارض بحدودها وما أغلق علیه بابها فله جمیع ما فیها .

بالقول مع الدلال وقوم عليه المتاع بقدروقال ان بعته بزيادة فهي لك وان بعته بالقدر المعين فلاشيء فانه يلزم التاجر ذلك ، ولوباعه بنقيصة لزم الدلال التتمة وان كان الدلال هوالذي ابتدأ بالقول لم يلزم التاجر شيء ويكون الزائد له .

واستدلا على الحكم الاول برواية محمدبن مسلم في الصحيح عن الصادق عليه السلام أنه قال فيرجل قال لرجل «بع ثوبي بعشرة دراهم فما فضل فهولك» قال : ليس به بأس[1]. ومثله زرارة عنه عليه السلام[2].

وأما الحكم الثاني فلم نجدلهما به نصاً ، بل النظر أداهما اليه . واعتذر العلامة لهما بأنه فيالحكم الاول يحتمل أن يكون على وجه الجعالة ، لانه انما منع من جهالة مال الجعالة اذا أدى الى التنازع ، وهوهنا منفي ، اذالدلال اذا زاد في الثمن مهمازادكانت الزيادة له ، والا فلاشيء له لانهما تراضيا علىذلك بخلاف الجهالة المجهولة العوض المؤدية الى التنازع .

وفيه نظر ، لانانمنع أن أداءه الى التنازع هوالعلة في المنع ، لجواز أن يكون حصول الغررللدلال ، وهو هنا ممكن لجواز توهمه قدراً يزيد على ذلك ولم يحصل فيقع في الغرر المنهي عنه .

قوله : من باع ارضاً لم يدخل نخلها ولاشجرها الا ان يشترط ، وفي رواية اذا ابتاع الارض بحدودها وما اغلق عليه بابها فله جميع ما فيها

---

١) الكافي ١٩٥/٥ ، التهذيب ٥٤/٧.

٢) التهذيب ٥٤/٧ .

لوباعه أرضاً بها شجر أونخل فهو على ثلاثة أقسام :

(الاول) أن يقول «بعتك هذه الارض بكذا» فهذا الكلام ولا خلاف في عدم دخول النخل والشجر .

(الثاني) أن يقول « بعتك هذه الارض بحدودها وحقوقها بكذا » فالاصح عدم دخول النخل والشجر ، اذ ليس ذلك من حقوق الارض ، لعدم دلالة الارض عليه بشيء من الدلالات ولحصول مفهومها والانتفاع بها بدون ذلك .

خلافاً للشيخ في المبسوط حيث قال بالدخول استدلالا بالرواية المشار اليها وهي مكاتبة محمد بن الحسن الصفار عن العسكري عليه السلام[1] .

وقوله ضعيف ، لعدم دلالة الرواية على ما ذهب اليه الشيخ ، لان الامام عليه السلام وقع بخطه الشريف فيها : اذا ابتاع الارض بحدودها وما أغلق عليه بابها فله جميع ما فيها . وهذا حق لدلالتها بمفهومها على أنه اذا لم يذكر وما أغلق عليه بابها لم يدخل شيء من ذلك ، وهذا المفهوم يؤيده النظر .

وابن ادريس تابع الشيخ في قوله، وفسر قوله عليه السلام « وما أغلق عليه بابها» بأنه جميع حقوقها . وتفسيره ممنوع .

(الثالث) أن يقول «بعتكها بحدودها وحقوقها وما أغلق عليه بابها» ولا كلام حينئذ في دخول النخل والشجر لدلالة الرواية عليه .

وهنا فوائد :

(الاولى) حق الشيء ما يتوقف عليه مفهومه لغة أو عرفاً أو شرعاً ، أو يتوقف الانتفاع به كذلك عليه، ويقدم الشرع ثم العرف ثم اللغة .

(الثانية) ليس المراد بقولنا « ما أغلق عليه بابه » ما هو كذلك بالفعل حتى يشترط وجود باب وغلق ، بل ما هو أعم من ذلك، أعني مالو كان له جدار وباب

---

١) التهذيب ٧/١٥٥ .

ولو ابتاع داراً ، دخل الاعلى والاسفل ، الا أن تشهـد العادة للاعلى بالانفراد .

ولو باع نخلا مؤبراً ، فالثمرة للبائع ، الا أن يشترط .

لاغلق عليه .

(الثالثة) ما هومن المنقولات وليس بثابت في الارض ولامتصل بها لايكون داخلا في الارض، ولوقال «وما أغلق عليه بابها» الامع قضاء العرف به أووقعت المساوءة عليه أوما أشبه ذلك .

(الرابعة) قال في المبسوط: لوباع أرضاً بها زرع تبقى عروقه ويجزمرة بعد أخرى، فان كان مجزوزاً فهوللمشتري، وان لم يكن مجزوزاً وكان ظاهراً فالجز الاول للبائع والباقي للمشتري . والحق خلافه ، بل الزرع كله للبائع وعليه قلعه لاصالة بقاء الملك وعدم تناول الاسم له .

(الخامسة) قال أيضاً في المبسوط ان النخل والشجر يدخلان في بيع الدار لانه من حقوقها ، وليس بشيء لما تقدم .

(الساسة) قال أيضاً تدخل الخوابي المدفونة لانها مخازن كالخزائن، وتدخل الرحى فوق وأسفل. والكل ممنوع لما تقدم .

(السابعة) ماء البئر يدخل في بيع الدار على الاصح لتبعيته للبئر التابعة للدار وتسليمه بتسليمها وهو التخلية . وجهالة مقداره لاتمنع كأس الجدار .

(الثامنة) منع الشيخ في المبسوط من بيع ماء البئر منفرداً، لان له مدداً فهو معه مجهول وبيع الموجود غيرسائغ لعدم امكان التسليم لاختلاطه بالنابع .

وتبعه القاضي، وجوز العلامة بيع الموجود وتسليمه كتسليم المشاع . وهو قريب ، لكن الاولى هنا الصلح لا البيع .

قوله : ولو باع نخلا مؤبراً فالثمرة للبائع

وكذا لو باع شجرة مثمرة أو دابة حاملا على الاظهر .

ولو لم تؤبر النخلة فالطلع للمشترى .

(الثالث) في القبض :

اطلاق العقد يقتضى تسليم المبيع والثمن .

لعدم تناول اسم النخل له ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم: من باع نخلا مؤبراً فثمرته للبائع الا أن يشترطه المشتري[1].

قوله : وكذا لو باع شجرة مثمرة أو دابة حاملا على الاظهر

أما الشجرة فلم نعلم فيها خلافاً، وأما الدابة فقال الشيخ في المبسوط والقاضي في الجواهر بدخول الحمل لانه جزء منها . وهو ممنوع .

وقال في النهاية وابن زهرة واختاره المصنف والعلامة بعدم الدخول بل هو للبائع، لعدم دلالة اللفظ عليه بشيء من الدلالات الثلاث. وهو الاظهر .

قوله : اطلاق العقد يقتضى تسليم المبيع والثمن

هنا فوائد :

(الاولى) اطلاق العقد هو عدم تقييده بما يخالف مقتضاه من شرط أو صفة أو غير ذلك مما تتعلق به الاغراض من الامور السائغة ، ومراده هنا ما لم يشتمل على اشتراط تأخير لاحد العوضين .

(الثانية) الحق عندنا أن اطلاق العقد بالمعنى المذكور يقتضي وجوب التسليم على كل من البائع والمشتري للبيع والثمن من غير أولوية تقديم، خلافاً

---

(١) الترمذى ٥٤٦/٣ ، ابن ماجة ٧٤٥/٢ ، شرح الكرمانى للبخارى ٥٩/١٠ ، التهذيب ٨٧/٧.

والقبض هو التخلية فيما لاينقل كالعقار . وكذا فيما ينقل .

وقيل : فى القماش هو الامساك باليد ، وفى الحيوان هو نقله .

لبعض الجمهور فانه أوجب تسليم المبيع أولا لمستحق به الثمن .

وليس بشيء ، اذلقائل ان يقول يجب تسليم الثمن أولا ليستحق به البيع .

هذا والمراد بالثمن قيل هو النقدان اتفق والا هو مايقرن بالباء ، وقيل هو ماالتصل بالباء مطلقاً ، وقيل النقد مطلقاً . وتظهر الفائدة فى بيع حيوان بحيوان أوبيع نقدبحيوان والثانى أقوى ، لقولهم في التقسيم يصح بيع الاثمان بالاثمان والاعواض بالاعواض والاعواض بالاثمان وبالعكس .

(الثالثة) لوتعاسر المتعاقدان في التسليم أولا أجبرامعاً . لان وقت الانتقالين واحد وبه قال ابن ادريس ، وقال الشيخ في الخلاف يجبر البائع أولا وليس بشيء

(الرابعة) لومنع أحدهما من تسليم ماوجب عليه تسليمه مع بذل الاخر كان غاصباً ضامناً لماعنده بأعلى القيم لوتلف لحصول الملك بنفس العقد .

(الخامسة) لواشترط أحدهما تأخيرما عنده وجب على الاخر البذل ، ولو امتنع أجبر ، ولوأجبر وتلف والحال هذه كان غاصباً .

قوله : والقبض هوالتخلية فيما لاينقل كالعقار وكذا فيماينقل ، وقيل فى القماش هو الامساك باليد وفى الحيوان هو نقله

اختلف في حقيقة القبض على قولين :

«١» ــ أنه التخلية مطلقاً، وهوقول الشيخ في المبسوط ، واختاره المصنف محتجاً بأنه استعمل في التخلية اجماعاً فيما لاينقل ويحول فيجب أن يكون كذلك في غيره ويكون حقيقة في المعنى المشترك ، اذلو استعمل في المنقول بمعنى

آخر لكان اما حقيقة فيهما فيلزم الاشتراك أو مجازاً في الاخر فليزم المجاز ، وكلاهما على خلاف الاصل .

« ٢ » ـ أنه التخلية فيما لاينقل والنقل في الحيوان والامساك في اليد فى غيره من المنقولات غير المكيلة والموزونة والكيل أو الوزن في المكيل أو الموزون وما في حكمهما . وهو قول الشيخ في الخلاف ، واختاره العلامة محتجاً بأنه لغة وعرفاً هو الامساك باليد وانما نقل الى التخلية فيما لاينقل لتعذر ذلك فيه . ولايلزم من ذلك اطراده في كل المبيعات لعدم اطراد العلة فيها أعني التعذر .

وأيضاً كلما كان النقل عن الموضوع الاصلي أقل كان أولى . وهذا هو الحق وعليه الفتوى ، لوجوب حمل اللفظ على الحقيقة العرفية مع عدم الشرعية .

اذا عرفت هذا فللقبض حكمان :

الاول : زوال الضمان عن البائع معه والدخول في ضمان المشتري ودركه وهذا في غير المنقول ظاهر ، أما المنقول فهل يخرج عن الضمان بالتخلية خاصة أم لا ؟ قال العلامة فى القواعد لا لعدم حصول مسمى القبض فيه مع دلالة النص على أنه في ضمان البائع ، وقال الشيخ الشهيد نعم ، وهو الاقوى .

الثاني : اباحة التصرف بالبيع من المشتري في المبيع مع حصول القبض فانه بدونه مكروه أو حرام على ماسيجيء بيانه آنفاً .

قوله : ويجب تسليم المبيع مفرغاً فلو كان فيه متاع فعلى البائع ازالته

يريد بالمفرغ كونه غير مشغول بمايمنع انتفاع المشتري به ، ويختلف ذلك بحسب اختلاف المبيعات وبحسب اختلاف الانتفاعات . والمرجع في ذلك كله الي الحكم العرفي ، لكن لو سلمه البائع غير مفرغ وقبضه المشتري دخل في ضمانه وخرج عن عهدة البائع وان كان غير منتفع به لصدق مسمى القبض

ولا بأس ببيع مالم يقبض، ويكره فيما يكال أو يوزن.
وتتأكد الكراهية فى الطعام، وقيل يحرم.
وفى رواية لاتبيعه حتى تقبضه، الا أن توليه.

عليه خلافاً لبعض العامة. نعم له الزام البائع بازالة الشاغل على الفور.

قوله: ولا بأس ببيع ما لم يقبض ويكره فيما يكال أو يوزن وتتاكد الكراهية فى الطعام، وقيل يحرم وفى رواية لاتبعه حتى تقبضه الا ان توليه

هنا فوائد:

(الاولى) لم يسمع خلافاً بين أصحابنا وغيرهم في جواز بيع الامانات قبل قبضها لتمام الملك وعدم كونها مضمونة على من هي في يده وكذا المملوك بالارث الا أن يكون المورث ملكه بالشراء ولم يقبضه. وكذا لو اشترى من مورثه ثم مات البائع قبل قبضه والمشتري وارث لجميع ماله فانه أيضاً يجوز بيعه قبل قبضه لانه بحكم المقبوض.

(الثانية) لم نسمع خلافاً أيضاً بين أصحابنا في جواز بيع ماملك لغير بيع كالصلح وغيره من العقود قبل قبضه.

(الثالثة) ظاهر أصحابنا أيضاً - ويكاد أن يكون اجماعاً - أن ماملك بالبيع يجوز التصرف فيه ونقله قبل قبضه بماعدا البيع من النواقل والتصرفات كالصلح والاجارة والمزارعة والمساقاة والكتابة والعتق والوقف والرهن والاصداق والتزويج والصدقة والاقراض، الامانقل عن الشيخ في المبسوط من منع الاجارة والكتابة.

(الرابعة) لاخلاف أيضاً أن غير المكيل والموزون لاحجر فيه على حال الا ما قلنا من منع الشيخ من كتابة العبد.

(الخامسة) محل الخلاف انما هو لوملك المكيل أو الموزون بالبيع هل له

التصرف فيه بالبيع قبل قبضه أم لا ؟ فيه أقوال :

« ١ » - للمفيد والشيخ في المبسوط يكره مطلقاً .

« ٢ » - للشيخ في المبسوط ان كان طعاماً لم يجز بيعه حتى يقبضه لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : من ابتاع طعاماً فلا يبعه حتى يقبضه[١]. وللقاضي القولان .

« ٣ » - نقل الشهيد عن كثير من الأصحاب منهم ابن ابى عقيل القول بالتحريم مطلقاً طعاماً وغيره ، قال وردت أحاديث في ذلك عامة .

« ٤ » - الرواية المشار اليها ، وهو أنه يجوز تولية لاغيرها من أنواع البيع هي ماروواه معاوية بن وهب عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه . فقال : مالم يكن كيل أو وزن فلاتبعه حتى تكيله أوتزنه الا أن يوليه الذي قام عليه[٢]. ومثلها رواية منصور بن حازم عنه عليه السلام أيضاً[٣].

والأولى الكراهية ، لأصالة الجواز ولرواية جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام في الرجل يشتري الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه . قال : لابأس[٤] .

نعم الكراهية في الطعام أشد لما ورد من المنع فيه صريحاً ، فجمع بين الروايات بشدة الكراهية فيه .

تتمة :

- لو باع في موضع المنع وقلنا بالتحريم هل يكون البيع صحيحاً أم لا ؟ صرح ابن ابى عقيل بالبطلان. قال الشهيد ولو قلنا بالمنع فهو باطل لتحقق النهي عنه لمصلحة لايتم الا ببطلانه. وقال العلامة في المختلف لايلزم من النهي البطلان.

١) التهذيب ٧ / ٢٣١ ، ابن ماجة ٢ / ٧٤٩ وفيه: من ابتاع طعاماً فلايبعه حتى يستوفيه

٢) التهذيب ٧ / ٣٥ .

٣) الوسائل ١٢ / ٣٨٧ ، التهذيب ٧ / ٣٥ .

٤) الكافي ٥ / ١٧٩، التهذيب ٧ / ٣٦.

ولو قبض المكيل وادعى نقصانه فان حضر الاعتبار فالقــول قول البائع مع يمينه .

وان لم يحضره فالقول قوله مع يمينه .

وكذا القول في الموزون والمعدود والمذروع .

(الرابع) في الشروط :

وهو الحق ، لماتقرر من كون النهي في المعاملات لايقتضي فساداً بنفسه .

قوله : ولو قبض المكيل وادعى نقصانه ـ الخ

الفرق بين حضوره وعدم حضوره أنه اذاحضر فالظاهر أنه لايستوفي المبيع الا كاملا ، فاذاادعى نقصانه كان مدعياً خلاف الظاهر ، فيكون القول قول البائع مع يمينه ، لانه مدعى عليه الاأن يكون له بينة تشهد بما يوافق دعواه . واذا لم يحضر كان البائع مدعياًتوفيةحقه وهوينكر ، فيكون القول قوله لانه مدعى عليه .

قوله : الرابع في الشروط ـ الخ

عقدالبيع قابل للشرط لاللتعليق على الشرط : أما الاول فلقوله صلى الله عليه وآله وسلم:المؤمنون عند شروطهم[1] ، ولادلة وجوب الوفاء بالعهد. وأما الثاني فلانه يعتمد الرضا، لقوله «الاأن تكون تجارة عن تراض منكم»[2] ولارضا الا مع الجزم ، ولاجزم مع التعليق ، لانه يعرضه عدم الحصول ، ولوقدر علم حصوله كالمعلق على الوصف ، نحو« ان طلعت الشمس أوجاء الشهر » ، لان الاعتبار بجنس الشرط دون أنواعه وأفراده ، فاعتبر المعنى العام دون خصوصيات الافراد .

---

١) التهذيب ٧ / ٢٢ .

٢) سورة النساء : ٢٩ .

ويصح منها ماكان سائغاً داخلا تحت القدرة كقصارة الثوب.

ولا يجوز اشتراط غير المقـدور ، كبيع الزرع علـى أن يصيره سنبلا .

ولا بأس باشتراط تبقيته .

ومع اطلاق الابتياع ، يلزم البائع ابقاؤه الى ادراكه ، وكذا الثمرة مالم يشترط الازالة .

اذا تقرر هذا فنقول : الشرط اما أن يقتضيه العقد أولا ، فالاول ذكره تأكيد والثاني اما أن يكون من مصلحة البائع أوالمشتري من حيث هما كذلك كشرط رهن وضمين بالدرك واشهاد وخيار زائد فذلك جائز اجماعاً ، أولايكون من مصلحتهما من حيث هما كذلك، فاما أن يكون منافياً لمقتضى العقد لذاته كشرط أن لابيع أولايطأ أولايقبض المبيع فذلك فاسد ومفسد الا اشتراط العتق كما يجيء لخبر بريرة[1] ، واما أن لايكون منافياً بل تعلق به غرض لهما أولاحدهما فذلك صحيح عندنا ، وهو المشار اليه في كلام المصنف .

ومنه نفي خيار المجلس والحيوان ، فانه عندنا صحيح ، لان لزوم العقد هو المقصود بالاصل والخيار عارض ، ولذلك قيدنا في المنافي لمقتضى العقد بقولنا « لذاته » .

وهذا القسم له شروط :

« ١ » ـ أن يكون داخلا تحت القدرة، فلو لم يكن كذلك فسد .

« ٢ » ـ أن يكون معلوماً ، لانه كالجزء من أحد العوضين فجهالته يستلزم جهالتهما فيفسد .

---

١) الوسائل ٤٧/١٦ .

ويصح اشتراط العتق ، والتدبير ، والكتابة .

«٣» ـ أن يكون سائغاً شرعاً، فلومنع منه كتاب أوسنة فسد. ثم انه يشترط في لزوم هذا الشرط ذكره في متن العقد ما بين الايجاب والقبول ، فلوتقدم او تأخرفلااثر له .

قوله : ويصح اشتراط العتق والتدبير والمكاتبة

لما كان العتق مبنياً [مبتنياً] على التغليب ـ بمعنى تعلـق غرض الشارع بحصوله ـ صح اشتراطه ، ولقضية بريرة كما قيـل ، ولعموم « المؤمنون عند شروطهم »[١].

ثم هنا فوائد :

(الاولى) هل هذا العتق واجب على المشتري فعله بحيث لولم يفعل أجبره الحاكم أوغيرواجب؟ يحتمل الاول عملاًبالشرط ووجوب الايفاء بمقتضى العقد ويحتمل الثاني . وهوالاصح، لانه غيرواجب عليه بالاصل وانما فائدة اشتراطه سوغان الفسخ مـن البائع لولم يفعل لاوجوبه ، لعموم « الناس مسلطون على أموالهم »[٢] والفرض أنه ملكه بالعقد .

ويتفرع على الاحتمالين أنه حق لله على الاول وللبائع على الثاني ، وهو الاصح .

(الثانية) ايقاع العتق هنا حق للبائع ، فلولم يوقعه المشتري تخير البائع ، فـان وجده أخذه والا فان أتلفه المشتري أخذ قيمته ورد الثمن ، فان تساويا جنساً تقاصا .

وهل القيمة يوم التلف لان بـه يتعين الرجوع اليها ، أويوم قبضه لانه وقت

١) التهذيب ٢٢/٧ .

٢) البحار ٢٧٢/٢ .

دخوله في ضمان المشتري، أو الاعلى لان الرجوع عند الفسخ في العين ، أو قيمتها شامل لجميع الاحوال التي من جملتها وقت الزيادة ؟ الاصح الاول .

ثم المقوم هل هو عبد واجب العتق أو مجرد ؟ يحتمل الاول لان التقدير ، ويحتمل الثاني لان الشرط لم يحصل فهو كلاشرط كما في الرجوع مع بقائه ويؤيده عدم القول بوجوب عتقه ، اذ لو رجع بقيمة المشروط لم يفد الفسخ غالباً ، ولو أتلفه غيره رجع بالقيمة يوم الاتلاف قطعاً على المتلف ، وبالزيادة[1] لو قلنا به على المشترى .

(الثالثة) هل له الرجوع بما يقتضيه شرط العتق ولافسخ . قيل نعم ، وحكاه في المبسوط قولا .

وفي تصويره وجهان : الاول أن يرجع بالتفاوت بين القيمتين كائناً ما كان ، الثاني أن تنظر قيمته لو بيع مطلقاً وليكن مائة وقيمته لو بيع بشرط العتق وليكن ثمانين فالتفاوت ربع فيزاد على ما وقع عليه العقد فرجع على المشتري بقدر ربع ما وقع عليه العقد. وهو اختيار العلامة في القواعد ، وجعله في التحرير احتمالا .

(الرابعة) لو مات العبد قبل العتق فللبائع الخيار أيضاً لوجود المقتضي، وهو الشرط الذي لم يحصل وانتفاء المانع ، اذ ليس الا الموت. وليس بمانع لجواز أن يتعلق غرضه بموته على ملكه فيحصل له العوض الزائد على الله تعالى، وحينئذ يرد الثمن على المشتري لو كان قد قبضه .

(الخامسة) لو تعيب عند المشتري بمايوجب العتق قبل العتق فكالتلف عنده وقد وتقدم حكمه .

ولو تعيب بمالا يوجبه جاز اعتاقه لبقاء الرق، ولو تفرق فيه ببيع أو وقف أو هبة

---

١) في ب : « وبالزائد » .

ولو اشترط الا يعتق أولا يطأ الامة، قيل يبطل الشرط دون البيع .

أو كتابة أو غيرها من النواقل فالخيار باق في الفسخ والامضاء .

(السادسة) العتق لو وقع كان عن المشتري لا البائع لثبوت ملك المشتري بالعقد وانتفائه عن البائع، وحينئذ يكون الولاء للمشتري، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الولاء لمن اعتق[1]. ولو شرطه البائع له لم يصح .

قوله : لو شرط ان لايعتق أولا يطأ الامة قيل يبطل الشرط دون البيع

اذا فسد الشرط مطلقاً هل يلزم من فساده فساد العقد المتضمن له أم لا ؟ قال الشيخ بالثاني، وهو الذي أشار اليه المصنف بقوله «قيل» . اما بطلان الشرط فلمخالفته الكتاب والسنة ، وأما عدم بطلان العقد ببطلانه فلاصالة الصحة ولقوله « أوفوا بالعقود»[2]، ولان عائشة اشترت بريرة بشرط أن تعتقها ويكون ولاؤها لمواليها فأجاز النبي صلى الله عليه وآله وسلم البيع وابطل الشرط[3].

وقال العلامة بالاول، لان الشرط له حظ من الثمن كالاجل فانه يزيد وينقص بحسبه ، فاذا كان فاسداً لاحكم له بطل بأزائه جزء من الثمن غير معلوم ، فيكون الثمن مجهولا عن غير تراض ، فيبطل البيع . ولان الرضا بالثمن انما يحصل لاجل الشرط ، فاذا بطل بطل الرضا، فتكون تجارة عن غير تراض فيبطل . ولان قضية الشرط أنه اذا بطل بطل المشروط به والا لم يكن شرطاً .

وأجيب عن حجة الشيخ :

أما عن الاول ــ فلان الاصل يعدل عنه الدليل وقد بيناه .

---

١) الكافي ١٩٧/٦ ، الوسائل ٤٧/١٦ .

٢) سورة المائدة : ١ .

٣) الوسائل ٤٧/١٦ ، ابن ماجة ٨٤٢/٢ .

ولو شرط فى الامة ألاتباع ولا توهب فالمروى : الجواز .

ولو باع أرضاً جرباناً معينة فنقصت فللمشترى الخيار بين الفسخ والامضاء بالثمن .

وعن الثاني ـ بأن العقد الواجب الوفاء به هو الصحيح ، ونحن نمنع صحة هذا العقد، فيكون التمسك بالاية مصادرة على المطلوب .

وعن الثالث ـ بأن رواة الخبر غير معلومين ، مع أنه قد روى أخذ عائشة لبريرة على غير ذلك الوجه ، وهو انما كاتبها مواليها فطلبت من عائشة الاعانة على أداء مال الكتابة فقالت عائشة : ان أحب أهلك أن أعدلهم مالهم ويكون ولاؤك لي فعلت ، فذهبت بريرة اليهم ورجعت وقالت : أبوا الا أن يكون الولاء لهم . فقال النبى صلى الله عليه وآله وسلم : خذيها واشترطي لهم الولاء فانما الولاء لمن أعتق . وليس في ذلك دلالة على الشراء وقوله صلى الله عليه وآله « خذيها » لايدل على أخذها بالبيع والكلام فيه .

قلت : وفي الجواب عن خبر بريرة نظر ، فان المشهور أنهم باعوها وشرطوا على عائشة أن تعتقها ويكون ولاؤها لهم لا أنهم كاتبوها كما ذكر في الرواية .

قوله : ولو شرط فى الامة ان لاتباع ولا توهب فالمروى الجواز

رواه الشيخ في التهذيب عن صفوان بن سنان عن الصادق عليه السلام[1] وفي معناها رواية حماد عن الحلبى عنه عليه السلام[1] .

واختار الشيخ في المبسوط بطلان الشرط دون البيع . والحق بطلانهما معاً كما تقدم .

---

١) التهذيب ٦٧/٧ ، الكافى ٢١٢/٥ ، الوسائل ٤٣/١٣ .

وفى رواية ، له أن يفسخ أو يمضى البيع بحصتها من الثمن.

وفى الرواية : ان كان للبائع أرض بجنب تلك الارض لزم البائع أن يوفيه منها .

قوله : وفى رواية له ان يفسخ أويمضى البيع بحصتها من الثمن وفى الرواية ان كان للبائع ارض بجنب تلك الارض لزم البائع ان يوفيه منها

هذه رواها عمربن حنظلة عن الصادق عليه السلام[1] واستضعفها المصنف هنا ، لان في طريقها داود بن الحصين ، وقال الشيخ انه واقفي .

لكن الشيخ عمل بها فى النهاية وابن ادريس والمصنف فى الشرائع والعلامة لان الثمن فى مقابلة جملة المبيع ، فاذافات منه جزء أ سقط من الثمن مقابله ، ولانه وجده ناقصاً في القدر فكان له أخذه بقسطه من الثمن ، كما لو اشترى الصبرة[2] على أنها عشرة فبانت تسعة ،وكالمعيب لهامساكه وأخذ أرشه.نعم له الخيار لتبعض الصفقة عليه .

وقال الشيخ فى المبسوط ،وهوظاهر اختيار المصنف هنا انه مخيربين الفسخ أوالاخذ بجملة الثمن ، لان العقد انماوقع على هذه الجملة المعينة فكان صحيحاً ، ويكون مجموع الثمن فى مقابلة مجموع المبيع ، ونقصان الارض لايقتضي نقصان الثمن بل يقتضي خيار المشترى .

وفيه نظر ، لان قوله «نقصان الارض لايقتضي نقصان الثمن» ممنوع. وسند المنع ماذكرناه من مقابلة الثمن لاجزاء المبيع . نعم الرواية المشاراليها ضعيفة لماذكرناه أولا، ولاشتمالها على مالم يلزم المشتري من وجوب توفية البائع من

---

(١) التهذيب ١٥٣/٧ ، الفقيه ١٥١/٣ ، الوسائل ٣٦١/١٣ .

(٢) اشتريت الشيء صبرة كغرفة اى بلاكيل ولاوزن . وجمعها صبر كغرف .

أرض له أخرى بجنب تلك الارض ثانياً، لعدم تناول العقد لذلك، فيمكن حملها على مالو كان البيع واقعاً في الذمة لا على العين ، واللام في الرواية للعهد ، لكن أولها يؤيد بالنظر وبعمل الاصحاب المذكورين .

فائدتان :

(الاولى) لو انعكس الحال فان زادت عن وصف البائع ، قال الشيخ في المبسوط يحتمل البطلان ، لان صحته يستلزم اجبار البائع على تسليم جملة المبيع لو امتنع . واللازم باطل ، لان الزائد ملكه ولا اجبار على تسليم ملكه ، فيبطل الملزوم وهو صحة البيع .

ويحتمل تخير البائع بين الفسخ والاجازة الجملة المبيع بالثمن ، لانه عكس المسألة السابقة ، وهناك الخيار للمشتري فيكون هنا للبائع .

وهذا خيرة القاضي وابن حمزة ، وقال ابن ادريس بل يتخير المشتري لعدم ملكه الزائد فيكون البائع شريكاً والشركة عيب ولم يكن عالماً به حال العقد .

والوجه ثبوته لهما : أما المشترى فلما قلناه ، وأما البائع فلانه لايجب عليه بذل الزائد مجاناً ، فلو بذله يحتمل زوال خيار المشترى لعدم العيب وثبوته لاشتماله على المنة .

(الثانية) لاكلام أن متساوي الاجزاء مع الزيادة يردها المشتري ، ومع النقيصة يتخير بين الرد والاخذ بالقسط ، لان نسبة الثمن الى الاجزاء واحد .

قوله : ويجوز ان يبيع مختلفين صفقة وان يجمع بين سلف وبيع

أما المختلفان في الصفقة[1] الواحدة فتعني بهما المختلفين في الاحكام كثمرة

(١) صفقته على رأسه صفقاً من باب ضرب اي ضربته باليد ، وصفقت له بالبيعة اى ضربت بيدى على يده ، وكانت العرب اذا وجب البيع ضرب احدهما يده على يد صاحبه ثم استعملت الصفقة فى العقد فقيل : بارك الله فى صفقة يمينك . وتكون للبائع والمشترى.

(الخامس) فى العيوب :

وضابطها ما كان زائداً عن الخلقة الاصلية أو ناقصاً .

واطلاق العقد يقتضى السلامة .

فلو ظهر عيب سابق تخير المشترى بين الرد والارش ولاخيرة للبائع .

ويسقط الـرد بالبراءة من العيب ولو اجمالا ، وبالعلم به قبل العقد ، وبالرضا بعده ، وبحدوث عيب عنده ، وباحداثه فى المبيع حدثاً ، كركوب الدابة والتصرف الناقل ولو كان قبل العلم بالعيب .

أما الارش فيسقط بالثلاثة الاول ، دون الاخيرين .

ويجوز بيع المعيب وان لم يذكر عيبه ، وذكره مفصلا أفضل .

ولو ابتاع شيئين فصاعداً صفقة فظهر العيب فى البعض ، فليس له رد المعيب منفرداً ، وله رد الجميع أو الارش .

وثوب وحيوان وصبرة مكيلة أوموزونة ، وأما السلف والبيع فصورته أن يقول « بعتك هذا الثوب وكارة من الحنطة الى شهر بعشرة » .

وكذايجوز أيضاً أن يجمع بين بيع واجارة ، كأن يبيعه هذا الثوب ويؤجره الدارسنة بعشرة ، وبين بيع ومهر كأن يبيعه هذه الدار ويزوجه ابنته أوامته بألف ، ويكون العوض فى الجميع مقسطاً على ثمن المثل وأجرته ومهره .

قوله : فليس له رد المعيب منفرداً وله رد الجميع او الارش

هذا حكم عام في سائر المبيعات متساويها ومختلفها، وسواء بين في العقد

ولو اشترى اثنان شيئاً صفقة فلهما الرد بالعيب أو الارش .
وليس لاحدهما الانفراد بالرد على الاظهر .
والوطء يمنع رد الامة الا من عيب الحبل ، ويرد معها نصف عشر قيمتها .

قسط كل واحد من الثمن أولم يبين ، وذلك لان الصفقة واحدة ، فلورد المعيب وحده يجهل ثمن كل واحد منهما فيقع النزاع .

وقال ابن الجنيد: ان بين في العقد قسط كل واحد من الثمن كان المشتري مخيراً بين بذل تلك المعيبة بنظيرة لها وبين ردها بثمنها .

وفيه نظر ، لان بيان قسط كل واحد لايستلزم تعدد الصفقة ، ومع اتحادها لايتوزع أجزاء الثمن على أجزاء المبيع وان بينه البائع مالم يقع عقد مستقل على تلك العين .

قوله : ولو اشترى اثنان شيئاًصفقة فلهما الردبالعيب اوالارش وليس لاحدهما الانفراد بالرد على الاظهر

هذا قول اكثر الاصحاب ، لانه لو جاز لاحدهما الرد لزم تبعض صفقة واحدة وهو باطل ، ولانه او حدث عيب بعد الصفقة منع من الرد . وانفراد أحدهما يوجب الشركة بين البائع والمشتري الاخر والشركة عيب فتمنع الرد .

وقال الشيخ في موضع من المبسوط والخلاف واختاره القاضي وابن ادريس : لاحدهما الرد وللاخر الارش ، للمنع من كون الصفقة واحدة بل متعددة بتعدد القابلين ، وعيب الشركة حادث بعد الرد لاقبله ، فلا يكون مانعاً للرد والا لزم تأخر العلة عن معلولها ، وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس

وهنا مسائل :

(الاولى) التصرية تدليس ، يثبت بها خيار الرد ، ويرد معها مثل لبنها أو قيمته مع التعذر . وقيل صاع من بر .

مسلطون على أموالهم [1] ، ولا يجب على أحد اسقاط مصلحتـه لايجاد مصلحة غيره ، فلكل منهما أن ينفرد وان استلزم ضرر البائع ، لانه أدخله على نفسه ، لعلمه بأن المشتري اثنان وان لكل منهما أن ينفرد لان الاغراض مختلفة .

قوله : التصرية تدليس يثبت بها خيار الرد ويرد معها مثل لبنها أوقيمته مع التعذر ، وقيل صاع من بر

في هذه المسألة فوائد :

(الاولى) التصرية لغة جمع الماء ، ومنهالصراة اسم لموضع يجتمع فيه الماء ، وصرى الرجل الماء فيفقار ظهره . والمصطراة هي الشاة أو الناقة هي التي تربطأخلافها ثم يترك منالحلب اليوم واليومين والثلاثة حتىيجتمع لبنها فيراه المشتري كثيراً فيزيد في ثمنهـا لذلك . وتسمى أيضاً محفلة من التحفيل وهو الجمع [2].

(الثانية) ان هذا الفعل ـ وهو التصرية ـ تـدليس ، أخـذاً من الدلس وهو الظلام ، فكأن المدلس أتى بالشيء المدلس فيه في ظلام . والمرادبه هنا اخفاء صفة غير مقصودة واظهار غيرها .

والعيب خروج عن المجرى الطبيعي زيادة أونقصاناً فوقع الفرق بينهما.

(الثالثة) مدة اعتبار التصرية وعدمها ثلاثة أيام ، بمعنى أنه لونقص فيمدة

---

1) البحار ٢/٢٧٢ .

٢) حفلت الشاة بالتشديد : تركت حلبها حتى اجتمع اللبن في ضرعها فهي محفلة .

الثلاثة عن الاول ثبت له الخيار وان صار عادة بعدها ، أما لو لم ينقص في الثلاثة ـ بمعنى أنه حلبها وهي مصراة ثم حلبها ثانياً فلم ينقص عن الأول ثم حلبها ثالثاً كذلك بحيث صار اللبن عادة لها لتغير المرعى أولغيره قبل انقضاء الثلاثة ـ زال خياره لزوال العيب الموجب للفسخ. قاله الشيخ في المبسوط ، وقوى في الخلاف عدم السقوط عملا بعموم الاذن في الرد .

(الرابعة) قال الشهيد : لو لم يحلبها وعلم كونها مصراة قبل الحلب وبعد العقد ثبت له الخيارعلى الفور ، سواء حلبها ثانياً أنقص من الاول وثالثاً كالاول أولا وان كان في الثلاثة ، ولا يتربص آخر الثلاثة .

والتحديد بالثلاثة في النص لمصلحته لتجويز أن تحلب في اليومين حلباً متساوياً ثم ينقص عنه في الثالث ، فانه يثبت له الخيار .

(الخامسة) ليس له مع ثبوت التصرية الامساك وطلب تفاوت الثمن ، لان ذلك من أحكام المعيب لا المدلس ، بل اما أن يلتزم بها بجملة الثمن أويردها .

(السادسة) اللبن الموجود حال العقد جزء من المبيع يجب رده معها مع وجوده وعدم نقص صفة فيه ، ومع النقص أرشه . ومع عدمه مثله ، ومع عدم المثل القيمة وقت التعذر .

أما المتجدد في الثلاثة قبل الرد فهل يجب رده مع وجوده وقيمته مع فقده أم لا ؟ اشكال مبني على أن الفسخ هل هو رفع للعقد من أصله أو من حينه ، فعلى الاول يرده ؛ وعلى الثاني لا . وهو الحق ، لحصول الملك بالعقد فهو حادث على ملكه .

(السابعة) المراد بالقيمة عندالتعذر هي السوقية كباقي المقومات المضمونة . وهو قول المفيد وابن ادريس والقاضي . وقال في النهاية ثلاثة أمداد من طعام ، وقيل صاع من تمر أو بر كما ورد به النص عن النبي صلى الله عليه و آله وسلم[1] ،

---

١) الوسائل ٣٦٠/١٢ .

(الثانية) الثيوبة ليست عيباً.

نعم لو شرط البكارة فثبت سبق الثيوبة كان له الرد.

ولو لم يثبت التقدم فلارد، لان ذلك قد يذهب بالنزوة.

وقيل درهم. والمعتمد الاول، والنص محمول على كون القيمة ذلك.

(الثامنة) ثبوت حكم التصرية في الشاة قطعي، أما الناقة والبقرة فقد تردد المصنف فيهما في الشرائع، وكذا العلامة في اكثر تصانيفه من حيث أصالة لزوم البيع وعدم الخيار خصوصاً مع التصرف، فلا يثبت الا في محل الوفاق وهو الشاة، ومن أن المقتضي للخيار موجود في صورة النزاع فيتحقق الحكم، ولادعاء الشيخ الاجماع عليه، وهو مذهب ابن الجنيد والقاضي وابن ادريس والعلامة في التحرير، ولم يذكر المفيد غير الشاة، وابن الجنيد يثبتها في كل حيوان آدمياً وغيره. قال العلامة بعد تردده في المختلف: لم أقف على نص من طرف الاصحاب في المصراة.

قوله: الثيوبة ليست عيباً ـ الخ

لقائل أن يمنع كونها ليست عيباً، لانها خارجة عن الخلقة الطبيعية بالنقصان وينقص ثمن الجارية بسببها، ولا نص على أنها ليست عيباً، فما المانع من جعلها عيباً. نعم روى احمد بن محمد عن الحسين عن زرعة عن سماعة قال: سألته عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجدها على ذلك. قال: لاترد عليه ولا يجب عليه شيء لانه يكون يذهب في حال المرض أو أمر يصيبها[1].

وهذا لايدل على عدم كونها عيباً، لجواز أن يكون عدم الرد سببه عدم

---

1) الكافي ٢١٥/٥ فيه: ولايوجب عليه شيء، التهذيب ٦٥/٧، الاستبصار ٨٢/٣ الوسائل ٤١٨/١٢.

(الثالثة) لايرد العبـد بالاباق الحادث عند المشترى. ويرد بالسابق .

(الرابعة) لواشترى أمة لا تحيض فى ستة أشهر فصاعداً ومثلها تحيض، فله الرد، لان ذلك لايكون الا لعارض .

(الخامسة) لايرد البزر والزيت بما يوجد فيه من الثفل المعتاد. نعم لو خرج عن العادة جاز رده ، اذا لم يعلم .

ثبوت سبقها كما حكى الشيخ في المبسوط بقوله : روى أصحابنا أنه ليس له خيار وله الارش .

واختياره القاضي في المهذب يدل على كونها عيباً ، لان الارش لايكون الا في العيب .

واعلم أن الشيخ في النهاية قال : لارد فيها ولا أرش ، لانه قد يذهب من العلة . واختاره القاضي في الكامل ،وقال ابن ادريس له الارش ، ثم قوى الخيار بينه وبين الرد لانه تدليس .

والاولى أنه مـع علم السبق يتخير بينهما ان لم يتصرف والا فالارش ، والرواية بالارش تحمل على التصرف. وقول الشيخ في النهاية يحمل على عدم ثبوت السبق ، وهذا اختيار العلامة في المختلف .

قوله : لو اشترى أمة لاتحيض فى ستة أشهر فصاعـداً ومثلها تحيض فله الرد لان ذلك لايكون الالعارض

هذا الحكم ذكره الشيخ، ومستنده رواية داود بن فرقد[1]، ومنعه ابن ادريس وهو خطأ ، أما أولا فللرواية المـذكورة ، وأما ثانياً فلما علم من القـواعد

---

١) الكافى ٥/٢١٣ ، التهذيب ٧/٦٥ ، الوسائل ١٢/٤١٣ .

(السادسة) لو تنازعا في التبرى من العيب ولا بينة ، فالقول قول منكره مع يمينه .

(السابعة) لو ادعى المشترى تقدم العيب ولا بينة ، فالقول قول البائع مع يمينه ما لم يكن هنا قرينة حال تشهد لاحدهما .

(الثامنة) يقوم المبيع صحيحاً ومعيباً ، ويرجع المشترى على البائع بنسبة ذلك من الثمن .

الطبية أن ذلك مرض فيكون عيباً .

قوله : لو تنازعا في التبرى من العيب ولا بينة فالقول قول منكره مع يمينه

الضمير في «منكره» عائد الى التبري ، وذلك هو المشتري لا البائع ، لانه لامصلحة له في انكاره .

وصورة التبري أن يقول « بعتك بالبراءة من العيب ان لا يلزمني دركه برد أو أرش » .

وهو قديكون اجمالا كقوله « من سائر العيوب » ، وقديكون تفصيلا كقوله « بالبراءة من عيب كذا وعيب كذا » .

ولا كلام في صحته مع التفصيل ، وأما مع الاجمال فمنعه ابن الجنيد ، لان الاجمال يستلزم كون المبيع مجهولا ، ضرورة اختلاف الثمن باختلاف العيوب فيبطل البيع . ومنع العلامة الجهالة لحصول المشاهدة . وقول ابن الجنيد لايخلو من قوة ، لان من العيوب مالا يعلم بالمشاهدة بل بالخبرة الكاملة .

قوله : يقوم المبيع صحيحاً ومعيباً ويرجع المشترى على البائع بنسبة ذلك من الثمن

ولو اختلف أهل الخبرة رجع الى القيمة الوسطى .

(التاسعة) لو حدث العيب بعد العقد وقبل القبض ، كان للمشترى الرد .

وفي الارش قولان ، أشبههما الثبوت .

يشير الى معرفة كيفية أخذ الارش ، وقال بعض العامة أرش المعاوضة هو نقص قيمة العيب عن الصحيح . فأورد عليهم الشيخ: أنه يلزم في بعض الصور أن يكون الارش كل الثمن ، كمالو كانت قيمة المبيع مائة فاشتراه بخمسين ، وان كانت قيمته صحيحاً مائة ومعيباً خمسين فان النقص خمسون وهو كل الثمن ، فالا ولى حينئذ أن يقال : هو جزء من أحد العوضين ، وهو العوض الصحيح نسبته اليه كنسبة نقص قيمة العوض الاخرعنه صحيحاً.و كلام المصنف يرجع الى ما قلناه .

قوله : لو حدث العيب بعد العقد وقبل القبض كان للمشترى الرد ، وفى الارش قولان اشبههما الثبوت

القولان للشيخ :

« ١ » ـ في النهاية[1] ، وتابعه التقي ، وهو الخيار بين الرد والامساك مع الارش ، لانه لو تلف جملة المبيع قبل القبض كان من ضمان البائع ، فأبعاضه وبعض صفاته أولى بالضمان .

« ٢ » ـ في المبسوط، وهو الخيار بين الرد والامساك من غير أرش ،لاصالة لزوم البيع. وانما تخير بين الرد والامساك لامر غيرحاصل هنا، وهو دفع الضرر

---

(١) النهاية ٣٩٥ ، قال فيه : ومن اشترى شيئاً ولم يقبضه ثم حدث فيه عيب كان له رده وان اراد أخذه وأخذ الارش كان له ذلك .

وكذا لو قبض المشترى بعضاً وحدث فى الباقى كان الحكم ثابتاً فيما لم يقبض .

الفصل الخامس
(فى الربا)

وتحريمه معلوم من الشرع .

حتى ان الدرهم منه أعظم من سبعين زنية .

الحاصل بايجاب القبول .

والجواب : بالمنع من كون العلة ما ذكر والا لاكتفى الشارع بأحد الامرين مطلقاً ، لان الضرر يندفع بأحدهما . لكن ليس كذلك ، بل العلة دفع احتياج المشتري الى السلعة مع انتفاء الضرر عنه ، فالحكمة في تخييره أن حاجته ان اشتدت الى السلعة أخذ الارش والا الرد ، وهذه العلة موجودة قبل القبض، فتخير بين الرد والارش ، وهو المطلوب .

قوله : وكذالو قبض المشترى بعضاً وحدث فى الباقى عيب كان الحكم ثابتاً فيما لم يقبض

يريد بالحكم هو الخيار بين الرد والارش ، لكن مع الرد يرد الجميع وليس له رد المعيب وحده .

قوله : الفصل الخامس فى الربا

الربا أصله الزيادة ، يقال ربا الشيء يربو : اذا كثر وارتفع مقداره ، وكأنه من الربوة ، وهو ما ارتفع عن وجه الارض ، فكأن المال ارتفع بالربا عن مقداره الاصلي .

ويثبت في كل مكيل أو موزون مع الجنسية .

وضابط الجنس مايتناوله اسم خــاص ، كالحنطة بالحنطة ، والارز بالارز .

ويشترط في بيع المثلين التساوي في القدر .

فلو بيع بزيادة حرم نقداً ونسيئة .

وفي الشرع غالباً هو بيع أحد المتساويين جنساً بالاخر مع التفاضل حساً أو حكماً ، مع شرائط تذكر فيموضعها .

وتحريمه معلوم من الشرع لاغير ، اذ لادليل عقلي يدل على تحريمه ، ودلالته الشرعية من الكتاب والسنة والاجماع :

أما الكتاب فقوله تعالى « أحل الله البيع وحرم الربا »[1] .

وأما السنة فقوله صلى الله عليه وآله وسلم : اجتنبوا السبع الموبقات . وقيل : يا رسول الله ما هي ؟ قــال : الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التي حرم الله الا بالحق ، وأكل الربا ، وأكل مال اليتيم ، والتولي يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات[2].

ولعن رسول الله صلى الله عليه وآله الربا و آكله وبائعه ومشتريه و كاتبه وشاهديه[3].

وقال الصـادق عليه السلام : درهم ربا أشـد من سبعين زنية كلها بذات محرم[4].

---

١) سورة البقرة : ٢٧٥ .

٢) الخصال ١٢٢/٢ .

٣) التهذيب ١٥/٧ ، الفقيه ١٧٤/٣ ، الوسائل ٤٣٠/١٢ .

٤) التهذيب ١٤/٧ ، الكافي ١٤٤/٥ ، الفقيه ١٧٤/٣ ، الوسائل ٤٢٢/١٢ .

ويصح متساوياً يداً بيد ، ويحرم نسيئة .

ويجب اعادة الربا مع العلم بالتحريم .

فان جهل صاحبـه وعرف الربا تصدق به ، وان عرفه وجهل الربا صالح عليه .

وان مزجه بالحلال وجهل المالك والقدر تصدق بخمسه .

ولو جهل التحريم كفاه الانتهاء .

وهذا هو الحديث المشار اليه في كلام المصنف .

وأما الاجماع على تحريمه فظاهر ، حتى أنه من الضروريات الشرعية .

قوله : ويصح متساوياً يداً بيد ويحرم نسيئة

يريد بيع أحد المتماثلين بالاخر مع التساوي قدراً يصح نقداً ، وهو المراد بقوله « يداً بيد » اجماعاً . وأما نسيئة فجزم هنا بتحريمه ، وقال في الشرائع : على الأظهر ، لقول صلى الله عليه وآله : انما الربا في النسيئة[1] . ولان النسيئة يستلزم التفاضل ، ضرورة أن المعجل يزيد على المؤجل وقدانتقص ثمن السلعة معجلا عن ثمنها مؤجلا .

وقال الشيخ في الخلاف يكره ذلك ، ويمكن أن يريد التحريم ، اذ هو يطلق المكروه على المحرم كثيراً .

قوله : ولو جهل التحريم كفاه الانتهاء

أي من غير رد الربا على من أخذه منه ، يؤيد ذلك قوله تعالى « فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف »[2].

---

١) ابن ماجة ٧٥٨/٢ .

٢) سورة البقرة : ٢٧٥ . وفي الخبر : الموعظة : التوبة .

وان اختلفت أجناس العروض جاز التفاضل نقداً .

وفى النسيئة قولان ، أشبههما : الكراهية .

والحنطة والشعير جنس واحد فى الربا ،وكذا مايكون منهما كالسويق والدقيق والخبز .

وقيل بل لابدمن رده اليه ،لظاهر قوله تعالى «وان تبتم فلكم رؤس أموالكم»[1].

والاول قول الشيخ واتباعه والصدوق فى المقنع . والثاني قول ابن ادريس واختاره العلامة وهو الحق ، لاصالة بقاء الملك على صاحبه وعدم انتقاله الا بسبب مبيح والفرض عدمه . والمراد من الاية سقوط الاثم بالتوبة التي هي الانتهاء ، أي فله ما سلف من الاثم لا أنه عليه .

قوله : وفي النسيئة قولان أشبههما الكراهية

قال الشيخ في النهاية وابن ادريس بالجواز لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : اذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم[2]. وللاصل .

وقال المفيد وسلار وابن زهرة والكيدري بالمنع ، لقوله صلى الله عليه وآله: انما الربا في النسيئة[3].

والاشبه الكراهية جمعاً بين الدليلين كما قال المصنف .

قوله : والحنطة والشعير جنس واحد في الربا

لاخلاف في كونهما جنسين في الزكاة ، بمعنى أنه لا يجبر جنس بالاخر في اعتبار النصاب . وأما في الربا فقال ابن الجنيد وابن ابي عقيل وابن ادريس

---

(١) سورة البقرة : ٢٧٩ .

(٢) المستدرك ٢/ ٤٨٠ .

(٣) ابن ماجة ٢/ ٧٥٨.

وثمرة النخل وما يعمل منها جنس واحد، وكذا ثمرة الكرم وما يكون منه .

واللحوم تابعة للحيوان في الاختلاف .

وما يستخـرج من اللبن جنس واحـد، وكذا الادهان تتبع مايستخرج منه .

ومالا كيل ولا وزن فيه فليس بربوى كالثوب بالثوبين والعبد بالعبدين .

همـا كذلك لاختلافهما حساً وطعماً واسماً وادراكاً وطبيعة ، وقال الشيخان والتقي وسلار والقاضي والمصنف والعلامة هما جنس واحد لشمول اسم الطعام لهما واختصاص أحدهما لا يوجب الاختلاف كالبرني[1] والطبرزد ، وكونهما جنسين في الزكاة لايوجب كونهما كذلك في كل الاحكام ، لانهمـا حكمان شرعيان تابعان للمصالح لالمحل الحكم .

وقولهم « انهما يختلفان حساً وطعماً » الخ ، معارض باختـلاف أصناف التمر ، وان سلمنا العدم لكن لم لايجوز أن يكون لهما حكم الجنس الواحد وان اختلفا بالاشياء المذكورة لدلالة الشرع . هذا والروايات متظافرة [بماذكرناه] والخاص مقدم .

قوله : وثمرة النخل وما يعمل منها جنس واحد

جزم الشيخ في النهاية بمنع بيع الشيء بأصله كما في التمر والعنب بدبسهما

---

(١) البرني : نوع من اجود التمر، ونقل السهيلي انه اعجمي ومعناه حمل مبارك . قال: «بر» حمل و «ني» جيد . والطبرزد يقال لنوع من التمر لحلاوته، وقال ابوحاتم: الطبرزد : نخلة بسرتها صفراء مستديرة .

وفي النسيئة خلاف والاشبه : الكراهية .

وفي ثبوت الربا في المعدود تردد ، أشبهه : الانتفاء .

ولو بيع شيء كيلا أو وزناً في بلد وفي بلد آخر جزافاً ، فلكل بلد حكمه .

والسمسم بالشيرج ، الا أن يقوم كل واحد منهما على انفراده . واختاره ابن ادريس .

وقال العلامة في المختلف : الحق أنه لايجوز بينهما التفاضل ويجوز المساواة ، لانهما اما متساويان في الجنس فيباع أحدهما بمساويه في المقدار أو مختلفان فيباع أحدهما بالاخر مطلقاً .

وفيه نظر ، لان عشرة من السيلان لو بيع بعشرة من التمر زادالسيلان قطعاً لوجود الغش في التمر ، وان زيد في التمر ليكون الزائد في مقابلة الغش لم يعلم التماثل . وكذا نقول في العنب والسمسم وأمثالهما .

قوله : وفي النسيئة خلاف والاشبه الكراهية ، وفي ثبوت الربا في المعدود تردد اشبهه الانتفاء

المسألتان في الحكم واحدة ، ومنشأ التردد والخلاف من أصالة الجواز المعتضدة بعموم « وأحل الله البيع »[1] ، ومن قوله صلى الله عليه وآله وسلم : انما الربا في النسيئة[2]، ومن اشتراط الربا بالكيل والوزن اجماعاً ، فلذلك قال الشيخ في النهاية بالمنع ، وقال المصنف في الشرائع انه أحوط ، وقال في الخلاف بالجواز ، واختاره المصنف هنا . وهو أجود ، لرواية محمدبن مسلم عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن الثوبين الردين بالثوب المرتفع والبعير

---

١) سورة البقرة : ٢٧٥ .

٢) ابن ماجة ٧٥٨/٢ .

وقيل يغلب تحريم التفاضل .

بالبعيرين والدابة بالدابتين . فقال : كره ذلك علي عليه السلام فنحن نكرهه الا أن يختلف الصنفان [1]. وهو صريح في الكراهية . ورواية منصوربن حازم عن الصادق عليه السلام : اذا كان لايكال ولا يوزن فليس به بأس اثنان بواحد[2].

قوله : وقيل يغلب تحريم التفاضل

ماعلم أنه كان في زمن النبي صلى الله عليه وآله وسلم مكيل أو موزون فهو ربوي اجماعاً ، وما علم أنه غير مكيل ولا موزون فليس بربوي اجماعاً ، وما لم يعلم حاله فان اتفقت البلدان على كيله أو وزنه فهو ربوي ، وان اتفقت على عدمه فليس بربوي .

فخلص من هذا التقرير قسم خامس ، وهو المجهول حاله في زمنه «ص» واختلف البلدان فيه ، فقال الشيخ في المبسوط لكل بلد حكمه لما ثبت من تحكيم العرف والعوائد حيث لانص شرعي ، والالزم الخطاب بما لايفهم .

ويتفرع على هذا القول لو اختلف حال البلد الواحد ، بأن يبيع تارة جزافاً وتارة مكيلا او موزوناً ان يعتبر الاغلب ولو تساويا فكالبلدين . وقال في النهاية يغلب جانب التحريم ، لانه أحوط ، ولقوله صلى الله عليه وآله : ما اجتمع الحرام والحلال الاغلب الحرام الحلال [3]، ولصدق كونه مكيلا أو موزوناً في الجملة .

أقول : ولو قيل عند اختلاف البلدان يعتبر اكثر البلدان كان قوياً .

---

١) التهذيب ١٢٠/٧ ، الاستبصار ١٠١/٣ .

٢) التهذيب ١١٩/٧ ، الاستبصار ١٠١/٣ .

٣) البحار ٢٧٢/١ نقلا عن الغوالى .

وفي بيع الرطب بالتمر روايتان ، أشهرهما المنع .

وهل تسرى العلة في غيره كالزبيب بالعنب ، والبسر بالرطب؟ الاشبه : لا .

قوله : وفي بيع الرطب بالتمر روايتان أشهرهما المنع

أما رواية الجواز فعن سماعة عن الصادق عليه السلام [1]، وأما رواية المنع فعن ابن ابى عمير عن الصادق عليه السلام : لايصلح التمر اليابس بالرطب من أجل ان اليابس يابس والرطب رطب فاذا يبس نقص [2].

وعمل ابن ادريس بالاول ، محتجاً بأنه لو حرم لزم تحريم العنب بالزبيب لاشتراكهما في العلة ، واللازم باطل فكذا الملزوم .

وأجيب بالمنع من بطلان اللازم ، بل نلتزم منعه أيضاً كما يجيىء .

وعمل الشيخ في النهاية وابن ابى عقيل والقاضي وابن الجنيد بالثاني ، وعليه الفتوى ، لصحة الرواية وتأييدها بعمل الاكثر ، ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم وقد سئل : أيباع الرطب بالتمر ؟ فقال : أينقص اذا جف . فقالوا : نعم . فقال : فلا اذن [3].

ولقول الصادق عليه السلام في رواية الحلبى عنه : لايصلح بيع الرطب بالتمر من أجل أنه اذا جف نقص [4]. وغير ذلك من الروايات .

قوله : وهل تسرى العلة في غيره كالزبيب بالعنب والبسر بالرطب ؟ الاشبه لا

١) التهذيب ٧/٩٧ ، الكافي ٥/١٩٠ .

٢) الوسائل ١٢/٤٤٥ .

٣) ابن ماجة ٢/٧٦١ .

٤) الوسائل ١٢/٤٤٥ .

لو باع حنطة يابسة بمبلولة أولحماً طرياً بمقدد أو بسراً برطب أوغير ذلك مما له حالتان هل يسري المنع اليه كما في التمر بالرطب . قال المصنف لا ، لانه قياس لانقول به، وهو قول الشيخ في المبسوط ، فانه قال : لانص لاصحابنا فيه والاصل الجواز.

وقال ابن ابى عقيل وابن الجنيد والقاضي بالسراية ، وهو اختيار العلامة وعليه الفتوى ،لانه وان لم يكن منصوصاً عليه لكنه مستلزم للمبطل على كل تقدير فيكون باطلا، ولانه منصوص على علته وهي الموجودة في الجميع، والقياس[1] اذا كانت علته منصوصة نقول به لانه في الحقيقة يعود الى المنصوص ، والقياس المنكور هو ما استخرجت علة الحكم فيه بالسبر[2] والتقسيم والطرد[3] والشبه[4] وغيرها كما بين في الاصول .

---

١) القياس هو اثبات الحكم فى محل بعلة لثبوته فى محل آخر بتلك العلة . ولا خلاف بين الشيعة فى عدم حجيته مالم ينص على العلة، مثل أن يقول «حرمت الخمر لاسكاره» فهل يجوز القول بتحريم غيره من المسكرات بمجرد ذلك أولا ؟ اختلاف بين الاصحاب .

٢) سبرت القوم سبراً من باب قتل أو ضرب : تأملتهم واحداً بعد واحد لتعرف عددهم . ومن طرق العلم بالعلة عند القايسين : السبر والتقسيم ، وهو حصر الاوصاف الموجودة فى الأصل الصالحة للتعليل فى عدد ثم ابطال بعضها وهو ماسوى الذى يدعى أنه العلة ، كما يقال فى قياس الذرة على البر فى الربوية ان الاوصاف الصالحة للعلية فى البر ليس الا القوت والطعم والكيل لكن القوت والطعم لايصلح للعلية فتعين الكيل .

٣) الطرد هو أن يكون الوصف بحيث يوجد الحكم بوجوده ويعدم بعدمه ، وهو المسمى بالدوران .

٤) الشبه هو كل قياس الحق الفرع فيه بالاصل بجامع يشبهه فيه . وقيل فى تعريفه غير ذلك من التعريفات وكذلك أخواته المذكورة ، ومن اراد التفصيل فعليه بكتاب « نهاية الوصول الى علم الاصول » للعلامة الحلى رحمه الله تعالى وشرح مختصر الاصول وغيرهما من الكتب الموضوعة فى علم الاصول .

ولا يثبت الربا بين الوالد والولد ، ولا بين الزوج والزوجة، ولا بين المملوك والمالك ، ولا بين المسلم والحربي .

قوله : ولا ربا[1] بين الوالد وولده ـ الخ

نفي الربا بين هؤلاء الاربعة[2] ومضائفهم[3] وان كان مخالفاً لعموم القرآن الا أن الاصحاب أجمعوا على ذلك وخصصوا القرآن بالاحاديث الواردة عن الائمة عليهم السلام . والمرتضى رحمه‌الله حيث لايقول بأخبار الآحاد ولا يخصص بها القرآن حكم بثبوت الربا في الموصليات ، وأول الاحاديث على تقدير عمله بها بأن المراد بقولهم « لاربا » النهي وان كان بصورة الخبر ، لورود ذلك كقوله تعالى «لارفث ولا فسوق ولا جدال في الحج» ثم ذكر أنه رجع الى قول الاصحاب لما رآهم مجمعين[4] على ذلك والاجماع يصلح

---

١) في المختصر النافع المطبوع بمصر : ولايثبت الربا بين الوالد والولد .

٢) ان هؤلاء الاربعة : الوالد مع الولد، والزوج مع الزوجة ، والمملوك مع المالك والمسلم مع الحربي .

٣) في بعض النسخ : ومضافيهم .

٤) قال في الجواهر ٢٣ /٣٧٨ عند ذكر المسألة : اجماعاً محكياً مستفيضاً ان لم يكن متواتراً صريحاً وظاهراً ، بل يمكن تحصيله اذ لا خلاف فيه الا من المرتضى في الموصليات لكن في الانتصار بعد ان ذكر مما انفردت به الامامية القول بأنه لا ربا بين الولد ووالده ولا بين الزوج وزوجته ولا بين الذمي والمسلم ولا بين العبد ومولاه وخالف باقي الفقهاء قال : وقد كتبت قديماً في جواب مسائل وردت على من الموصل وتأولت الاخبار التي يرويها اصحابنا المتضمنة لنفي الربا بين ما ذكرناه على ان المراد بذلك وان كان بلفظ الخبر معنى الامر كأنه قال : يجب أن يقع بين من ذكرناه رباكما قال تعالى « من دخله كان آمنا » آل عمران ٩٧ ، وكقوله تعالى « فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج » البقرة ١٩٧ ، وقوله صلى الله عليه وآله : العارية مردودة والزعيم غارم . ومعنى ذلك كله الامر ـ الى أن قال ـ واعتمدنا في نصرة هذا المذهب على عموم ظاهر القرآن ثم لما

وهل يثبت بينه وبين الذمى ؟ فيه روايتان أشهرهما أنه يثبت .

لتخصيص القرآن والاصل عدم التأويل .

ويمكن أن تكون العلة في النفي المذكور كون مال الولد في حكم مال الوالد وان للوالد حكماً على الولد ، ولانه مأمور بالاحسان . والزوجة في حكم الزوج لاشتداد الاتحاد بينهما ، ومال الحربى مباح للمسلم فكيف لايحل بعضه، والعبد ومايملك لمولاه . ولنتمم هذا البحث بفوائد :

(الاولى) هل يثبت بين الجد وولد الولد ؟ اشكال من كون الجد والداً مجازاً أوحقيقة ، والاولى ثبوت الربا بينهما .

(الثانية) يثبت الربا بين الام وولدها ، للاصل وعدم شمول النص لها .

(الثالثة) التعاكس في الاقسام كلها ثابت الا الحربى فانه لايأخذ الفضل سواء في ذلك دار الحرب ودار الاسلام .

(الرابعة) قيد ابن الجنيد العبد بكونه مختصاً ، فلو كان مشتركاً ثبت . واختاره العلامة وهو حسن .

(الخامسة) الزوجة بالمنقطع يمكن شمول النفي لها ، اذلا مانع عقلا ولا شرعاً ، لصدق اسم الزوجة مع احتمال ثبوته ، لعدم قوة الاتحاد بينهما ، اذ لاتوارث ولا انفاق ، ولفهم الدائم مع الاطلاق مع أصالة عموم الاية .

قوله : وهل يثبت بينه وبين الذمى فيه روايتان اشهرهما أنه يثبت

تأملت ذلك رجعت عن هذا المذهب لاني وجدت أصحابنا مجمعين على نفي الربا بين من ذكرنا وغير مختلفين فيه في وقت من الاوقات واجماع هذه الطائفة قدثبت انه حجة ويخص به ظاهر القرآن . قال صاحب الجواهر بعد نقله : هذا وهو كما ترى بعد اعترافه بالخطأ وانه مخالف للاجماع في فتواه السابقة لايقدح في تحصيل الاجماع بل هو مؤكد له . الى آخر مقاله رفع الله درجاته .

ويباع الثوب بالغزل ولو تفاضلا .

ويكره بيع الحيوان باللحم ولو تماثلا .

وقديتخلص من الربا بأن يجعل مع الناقص متاع من غيرجنسه مثل درهم ومد من تمر بمدين ، أو يبيع أحدهما سلعته لصاحبه ويشترى الاخرى بذلك الثمن .

أما رواية عدم الثبوت فرواها ابن‌بابويه عن‌الصادق عليه‌السلام : ليس بين المسلم والذمي ربا[1]. وأما رواية الثبوت فلم‌نقف عليها صريحاً ، الا أن الشيخ في‌الاستبصار ذكر رواية زرارة عن محمد بن مسلم عن‌الباقر عليه السلام قال : قلت المشركون بيني وبينهم ربا . قال : نعم[2]. فحملها على الذمي لئلا يلزم طرحها مع صحتها، ويؤيدها اطلاق الاية ، ولان اموال أهل الذمة معصومة .

وبه قال الشيخ وابن ادريس والقاضي ، وبالاول قال المفيد والمرتضى . والعمل على الثاني ، وتحمل الرواية الاولى على ذمي محارب له جمعاً بين‌الروايات .

قوله : ويكره بيع الحيوان باللحم ولو تماثلا

بيع اللحم الحاضر بالحيوان المخالف له جنساً جائز اجماعاً ، وبيعه بالحيوان المماثل له جنساً مختلف فيه . قال بالمنع الشيخ في النهاية ، وتبعه المصنف في‌الشرائع ، لرواية غياث‌بن ابراهيم عن‌الصادق عليه السلام عن‌علي عليه السلام[3] .

---

١) الوسائل ٤٣٧/١٢ .

٢) الاستبصار ٧١/٣ ، الوسائل ٤٣٦/١١ .

٣) الوسائل ٤٤١/١٢ .

ومن هذا الباب، الكلام فى الصرف .

وهو بيع الاثمان بالاثمان .

ويشترط فيه التقابض فى المجلس، ويبطل لو افترقا قبله على الاشهـر .

وقال بالجواز ابن ادريس لعدم المانع ، اذ الحيوان الحي غير مكيل ولا موزون ، وشرط ثبوت الربا كون العوضين كذلك مع التساوي جنساً .

وقال المصنف هنا بالكراهية ، لقوة حجة ابن ادريس وضعف الرواية ،لان غياث المذكور بتري[1]، فان كان ولابد فتحمل على الكراهية .

قوله : ومن هذا الباب الكلام فى الصرف

الصرف لغة الصوت ، وسمي هذا النوع من البيع به لحصول التصويت في تقليب كل من النقدين .

قوله : ويبطل لو افترقا قبله على الاشهر

روايات البطلان كثيرة ، وعليها انعقد عمل الاصحاب ، لم يخالف الا ابن بابويه معتمداً على روايات ضعيفة كرواية عمار الساباطي[2] وهو فطحي وغياث بن ابراهيم وهو بتري فاسد العقيدة .

---

١) البترية بضم الباء وسكون التاء قسم من الزيدية وهم اصحاب كثير النواء والحسن بن صالح بن حى وسالم بن ابى حفصة والحكم بن عتيبة وسلمة بن كهيل وابى المقدام وثابت الحداد وهم الذين دعوا الى ولاية على عليه السلام ثم خلطوها بولاية ابى بكر وعمر ويثبتون لهما امامتهما ويبغضون عثمان وطلحة والزبير وعائشة ويرون الخروج مع بطون ولد علي بن ابي طالب وقالوا كل من خرج من ولده فهو امام . وقيل منسوبون الى مغيرة بن سعد الابتر .

٢) راجع الوسائل ٤٥٨/١٢ باب ٢ من ابواب الصرف .

ولو قبض البعض صح فيما قبض .

ولو فارقا المجلس مصطحبين لم يبطل .

ولو وكل أحدهما فى القبض فافترقا قبله بطل .

ولواشترى منه دراهم ثم اشترى بها دنانير قبل القبض لم يصح الثـانى .

قوله : ولو اشترى منـه دراهم ثم اشترى بها دنانير قبل القبض لم يصح الثاني

هـذه ذكرها الشيخ في النهاية ، وعللها المصنف في النكت بأن الصرف مشروط بالتقابض ، فاذاً لايملك الدراهم حتى يقبضها ، فاذا اشترى بها دنانيرفقد اشترى بمالايملك .

ويردعليه أنه اختار فيما تقدم أن المبيع يملك بالعقد مطلقاً من غير تخصيص بشيء ، واختارأيضاً أنه يجوزبيع مالم يقبض وان كان مكيلا أوموزوناً ، وهيهنا قدرجع حيث قال : لم يصح الثاني لانه اشترى بثمن غير مملوك له ، لان الثاني فرع على صحة البيع الاول بأنه لايملك المبيع بمجرد العقد مطلقاً .

وأما ابن ادريس فرد على الشيخ وحكم بالصحة ان كانت الدراهم معينة وان لم يحصل قبض الدنانير التي هي ثمن الـدراهم الاولى المبتاعة في المجلس ، وان لم تكن الدراهم معينة بل تكون في الذمة لم يصح البيع ، لانه بيع دين بدين . وحينئذ لنا أن نقول على تعليل المصنف : ان بطلان البيع بالتفرق قبل القبض ، وذلك لايستلزم عدم تملك المشتري ، لجواز تملكه ملكاً متزلزلا كالمبيع زمن الخيار فان قبض لزم والابطل ، واذا ملك صح البيع الثاني لانه اشترى بثمن مملوك له ، وصح البيع الاول أيضاً لانه وان لم يقبض الدراهم لكن قبض عوضها

ولو كان له عليه دنانير فأمره ان يحولها الى الدراهم وساعره فقبل صح وان لم يقبض ، لان النقدين من واحد .

ولا يجـوز التفاضل فى الجنس الواحد منهما ، ويجوز فى المختلف .

ويستوى فى اعتبار التماثل : الصحيح، والمكسور ، والمصوغ.

واذا كان فى احدهما غش لم يبع بجنسه الا أن يعلم مقدار ما فيه ، فيزاد الثمن عن قدر الجوهر بما يقابل الغش .

وهو الدنانير وقبض العوض كقبض المعوض .

قوله : ولو كان له عليه دنانير فأمره ان يحولها الى الدراهم وساعره فقبل صح وان لم يقبض لان النقدين من واحد

هذه رواية اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام[1]، وعمل بها الشيخ . وردها ابن ادريس ، لانه صرف فلا يجوز . وكذلك الشيخ في المبسوط في باب السلم منه منع وعلل بأنه صرف .

والحق أنه وان كان صرفاً لكنه في حكم التقابض ، لكون النقدين من واحد كما علله الامام عليه السلام في الرواية وأمره بأن يحولها توكيل له فهو بائع ومشتر باعتبارين، كالولي الذي يشتري مال الصغير .وحينئذ نقول: هذا موقوف على مقدمات : «١» أنه يصح للانسان الواحد أن يتولى طرفي العقد ، «٢» أنه يصح أن يتولى طرفي القبض ، «٣» ان ما في الذمة مقبوض ، « ٤ » ان هذا البيع ـ وهو بيع ما في ذمته للغير من الدين بثمن في ذمته ـ ليس بيع دين بدين . فاذا

---

١) الوسائل ١٢/٤٦٣ .

ولا يبـاع تراب الذهب بالذهب ، ولا تراب الفضة بالفضة ويباع بغيره .

ولو جمعا جاز بيعه بهما .

ويباع جوهر الرصاص والنحاس بالذهب أو الفضة وان كان فيه يسير من ذلك .

ويجوز اخراج الدراهم المغشوشة اذا كانت معلومة الصرف . ولولم تكن كذلك لم يجز الا بعد بيانها .

مسائل :

(الاولى) اذادفع زيادة عماللبائع صح ، وتكون الزيادة أمانة .

وكذا لو بان فيه زيادة لا يكون الا غلطاً أو تعمداً .

ولو كانت الزيادة مما يتفاوت به الموازين لم تجب اعادته .

(الثانية) يجوز أن يبدل لـه درهماً بدرهم ، ويشترط صياغة خاتم ، ولا يتعدى الحكم .

تقررت هذه المقدمات صحت المسألة .

قوله : يجوز ان يبدل له درهماً بدرهم ويشترط صياغة خاتم ، ولا يتعدى الحكم

روى ابو الصبـاح الكناني قال : سألت الصادق عليه السلام عن الرجل يقول للصائغ صغ لي هذا الخاتم وأبدل لك درهماً طازجاً بدرهم غلة . قال : لابأس[1].

والمراد بالدرهم الطازج هو الجديد ، وهو معرب من تازا ، وهو الطري

---

١) الكافي ٢٤٩/٥ .

من كل شيء باللغة الفارسية ، والغلة هو العتيق الذي هجر في المعاملة .

اذا عرفت هذا فهنا مسألتان :

(الاولى) ان الشيخ[1] جوز بيع درهم بدرهم مع اشتراط البائع على صياغة خاتم ، اعتماداً على هذه الرواية. وعلله ابن ادريس[2] بأن الربا الممنوع زيادة في العين مع اتحاد الجنس ، والصياغة هنا ليست زيادة في العين بل في الصفة .

ومنعه المصنف وقال الربا هو الزيادة مطلقاً ، أعم منه في العين أو الصفة ، ولذلك منعنا بيع أحد المتساويين بالآخر نسيئة ، ولـذلك استضعف العمل بالرواية . وقال في الشرائع[3] بلفظ روي .

وأما العلامة[4] فمنع من جوازه وأجاب عن الرواية بأنه ليس فيها دلالة على البيع بل جعل ابدال الدرهم بالدرهم شرطاً في العمل ، فلا تكون دلالة على مراد الشيخ من البيع .

(الثانية) لو قيل بفتوى الشيخ هل يتعدى الحكم بأن يبيع ديناراً بدينار أودراهم بدراهم ويشترط عملا أم لايتعدى ؟ يحتمل التعـدي طرداً للعلة ، وهو فتوى الشيخ. قال العلامة : لان الزيادة ان أوجبت الربا لزم التحريم في الجميع والا فلا في الجميع .

وأما المصنف فجزم هنا بعدم التعدي ، وقال في الشرائع بذلك على الاشبه، نظراً الى عموم المنع والاقتصار على مورد النص ، اذ تجويزه في غيـره قياس

---

١) النهاية : ٣٨١ .
٢) السرائر : ٢١٨ .
٣) الشرائع ١٠٧/١ .
٤) المختلف ١٨٠/٢ ، وفى القواعد كالشرائع .

ويجوز أن يقرضه الدراهم ويشترط أن ينقدها بأرض أخرى.

(الثالثة) الاواني المصوغـة من الذهب والفضة ان أمكن تخليصها لم يبع بأحدهما ، وان تعذر وكان الغالب أحدهما بيعت بالاقل ، وان تساويا بيعت بهما .

(الرابعة) المراكب والسيوف المحلاة .

ان علم مقدار الحلية بيعت بالجنس مع زيادة تقابل المراكب أو النصل نقداً .

ولو بيعت نسيئة نقد من الثمن ما قابل الحلية .

وان جهل بيعت بغير الجنس .

وقيل : ان أراد بيعها بالجنس ضم اليها شيئاً .

وهو باطل عندنا .

وابن حمزة منع مطلقاً اعتماداً على عموم المنع للاية والروايات ، وتردد ابن ادريس في العمل بالرواية . وقول ابن حمزة عندي قوي ، والرواية لادلالة لها الاعلى ما ذكره العلامة .

قوله : وقيل : ان اراد بيعها بالجنس ضم اليها شيئاً

قال الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف . ونظر فيه ابن ادريس ولم يبين وجه نظره ، ويمكن أن يكون وجهه أن الثمن ان علم أنه أزيد من الحلية فى الجملة لم يحتج الى الضميمة، اذ تلك الزيادة تكون في مقابلة السيف أو المركب، وان لم يعلم لم يكن في الانضمام فائدة سواء علم نقصان الثمن أومساواته ، بل يجب أن يضم الى الثمن لتكون الفضة في معاملة السيف والمضموم في مقابلة

(الخامسة) لا يجوز بيع شيء بدينار غير درهم ، لانه مجهول.

(السادسة) ما يجتمع من تراب الصياغة يباع بالذهب والفضة، أو بجنس غيرهما ويتصدق به ، لان أربابه لا يتميزون .

الحلية لينتفي الربا .

وتؤيده رواية ابي بصير قال : سألته عن السيف المفضض يباع بدراهم . قال : اذا كانت فضته أقل من النقد فلا بأس ، وان كانت اكثر فلا يصلح[1] .

قوله : لايجوز بيع شيء بدينار غير درهم لانه مجهول

هذه المسألة لاتختص بالصرف ، ولهذا قال المصنف لايجوز بيع شيء .

والتحقيق هنا أن نقول : الثمن على تقدير الاستثناء المذكور اما حال أو مؤجل، وعلى التقديرين اما أن يكون الاستثناء من النقد الموجود حال العقد أو من نقد يتجدد ، وعلى التقادير اما أن يعلم النسيئة من الدينار أولا. فالاقسام حينئذ ثمانية:

« ١ » ـ الثمن حال والاستثناء من الموجود حال العقد والنسيئة معلومة ، فيصح .

« ٢ » ـ الصورة بحالها والنسيئة مجهولة ، فيبطل .

« ٣ » ـ من المتجدد والنسيئة معلومة ، فيصح .

« ٤ » ـ من المتجدد والنسيئة مجهولة ، فيبطل .

« ٥ » ـ الثمن مؤجل والاستثناء من الموجود حال العقد والنسيئة معلومة ، فيصح .

« ٦ » ـ الصورة بحالها والنسيئة مجهولة ، فيبطل .

« ٧ » ـ من المتجدد والنسيئة معلومة ، فيصح .

« ٨ » ـ من المتجدد والنسيئة مجهولة ، فيبطل .

---

١) التهذيب ١١٣/٧ ، الاستبصار ٩٨/٣ .

الفصل السادس

(في بيع الثمار)

لا يصح بيع ثمرة النخل قبل ظهورها ولا بعد ظهورها ما لم يبد صلاحها .

اذا عرفت هذا فالشيخ أطلق القول بعدم الصحة لو باع بدينار غير درهم للجهالة ، وابن الجنيد قال يجوز نقداً لانسيئة لانه لايعلم قدره وقت الحلول. وأما العلامة فحكم في الصورة كلها بما قلناه الا الثالث والسابع فانه حكم فيهما بالبطلان . وما قلناه أقرب .

قوله : لايجوز بيع ثمرة النخل قبل ظهورها ـ الخ

بيع ثمرة النخل على أقسام :

« ١ » ـ قبل الظهور عاماً واحداً لايصح اجماعاً .

« ٢ » ـ بعد ظهورها عامين يصح اجماعاً .

« ٣ » ـ بعد ظهورها مع بدوصلاحها يصح اجماعاً .

« ٤ » ـ بعد ظهورها ولم يبد صلاحها لكنه مع ضميمة أويشترط القطع أو مع أصولها يصح اجماعاً .

« ٥ » ـ قبل ظهورها عامين فصاعداً ، فيه تردد من أنه غرر وهو منهي عنه شرعاً ، ومن الرواية لونقصت سنة تمت في أخرى[1] فيجوز . ويؤيده عموم قوله

١) الوسائل ١٣/٣ ـ ٧ .

«وأحل الله البيع »[١] والاصل الدال على الجواز ترك العمل به في العام الواحد للاجماع على منعه فيبقى معملا في الباقي . قال المصنف في الشرائع : والمروي الجواز ، يشير الى رواية يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام[٢] وغيرها من الروايات .

« ٦ » - بعد ظهورها عاماً واحداً لامع أحد الأمور الثلاثة ولم يبد صلاحها، فيه أقوال ثلاثة :

الاول : قول الشيخ في النهاية والمبسوط والخلاف لايصح ، معتمداً على رواية ابى الربيع الشامي[٣] وغيرها .

الثاني : قول المفيد وابن ادريس والشيخ في كتابى الاخبار والعلامة ، وهو الصحة على كراهية ، لعموم « وأحل الله البيع »[١] و« الا أن تكون تجارة عن تراض منكم»[٤]، وهو أيضاً جمع الروايات وأما المصنف فظاهر اختياره الاول.

ويتم البحث بفوائد :

(الاولى) بدو الصلاح هو الاحمرار والاصفرار ، وقال في الشرائع أو يبلغ مبلغاً تؤمن عليه العاهة . وكلاهما موجود في الروايات :

أما الاول ففي رواية علي بن ابى حمزة عن الصادق عليه السلام[٥] ، وقد علق البيع على الزهو ، فسأله عنه فقال: حتى يتلون. وفي حديث الوشا عن الرضا عليه السلام[٦] تفسيراً له يحمر ويصفر ، وهو أيضاً مروي عن النبى صلى الله عليه

---

١) البقرة : ٢٧٥ .

٢) التهذيب ٨٧/٧ ، الاستبصار ٨٦/٣ .

٣) التهذيب ٨٧/٧ ، الاستبصار ٨٦/٣ .

٤) سورة النساء : ٢٩ .

٥) التهذيب ٨٤/٧ ، الاستبصار ٨٦/٣ ، الكافى ١٧٦/٥ .

٦) التهذيب ٨٥/٧ ، الاستبصار ٨٦/٣ ، الكافى ١٧٥/٥ .

وهو أن يحمر أو يصفر على الاشهر .

نعم لوضم اليها شيء أو بيعت أزيد من سنة أو بشرط القطع جاز .

ويجوز بيعها مع أصولها وان لم يبد صلاحها .

وكذا لايجوز بيع ثمرة الشجر حتى تظهر ويبدو صلاحها وهو أن ينعقد الحب .

وآله وسلم[1] ، وكذلك فسره بهأهل اللغة .

وأما الثاني ففي رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام[2]، ورواه ابوسعيد الخدري عنه صلى الله عليه وآله : لايباع الثمرة حتى يبدو صلاحها . قالوا : وما بدوصلاحها؟ قال: تذهب عاهتها ويخلص طيبها[3] .قال المصنف هنا: والأول أشهر.

(الثانية) يشترط فى الضميمة أن يصح بيعها منفردة ، فلو ضم مالا يصح بيعه لم يجز .

(الثالثة) بيعها مع القطع مشروط بامكان الانتفاع ، فلوخلا عنه لم يجز.

(الرابعة) العام اشارة الى زمن الثمرة ، أي ثمرة عام أو عامين .

(الخامسة) كل موضع قلنا لايصح البيع فيه يصح أن تجعل مشروطة التملك في عقد آخر كما يصح اشتراط الحمل .

قوله : وكذا لايجوز بيع ثمرة الشجر حتى تظهر ويبدو صلاحها وهو ان ينعقد الحب

---

١) الترمذى ٥٢٩/٣ ، ابن ماجة ٧٤٧/٢ .

٢) التهذيب ٨٨/٧ ، ٩١ ، الاستبصار ٨٦/٣ ، ٨٨ .

٣) ابن ماجـة ٧٤٦/٢ ، الترمذى ٥٢٩/٣ ، شرح الكرمانى لصحيح البخارى ٥٤/١٠ .

واذا أدرك ثمرة بعض البستان جاز بيع ثمرته أجمع .

وان أدرك ثمرة بستان ففى جواز بيع بستان آخر لم يـدرك منضماً اليه تردد ، والجواز أشبه .

ويصح بيع ثمرة الشجر ولو كان فى أكمامه منضماً الى أصوله ومنفرداً .

وكذا يجوز بيع الزرع قائماً وحصيداً .

ويجوز بيع الخضر بعد انعقادها لقطة ولقطات .

وكذا يجوز ، كالرطبة جزة وجزات .

وكذا مايخرط كالحناء والتوت خرطة وخرطات .

اختلف أيضاً في بدو صلاح ثمرة الشجر على قولين :

« ١ » - ماذكره المصنف ، وهوانعقادالحب وتناثر الورد، وهوالمشهور.

« ٢ » - قول الشيخ في المبسوط انه لابد من الثمرة أي جريان الماء الحلو فيما يقتضي الحلاوة وطيب الاكل مثل التفاح والنضج فيمثل البطيخ والتلون في ما يتلون وصفاء لونه . قال المصنف في الشرائع : والاول أشبه ، لاصالة عدم اشتراط زائد واقتصار على مورد النقل.

قوله : ففى جواز بيع بستان آخر لم يدرك منضماً اليه تردد والجواز اشبه

ينشأ من أن بعض المبيع مجهول وهو مقصود بالبيع فلا يصح ، وبه قال في المبسوط،ومن أصالة الصحة وعموم الاية والرواية عن الصادق عليه السلام[1] .

---

١) وهو عموم الروايات التى اوردها فى التهذيب ٨٤/٧ ، ٨٥ .

ولو باع الأصول من النخل بعد التأبير فالثمرة للبائع .

وكذا الشجر بعد انعقاد الثمرة مالم يشترطها المشترى ، وعليه تبقيتها الى أو ان بلوغها .

ويجوز أن يستثنى البائع ثمرة شجرات بعينها ، أوحصة مشاعة أو أرطالا معلومة .

ولو خاست الثمرة سقط من الثنيا بحسابه .

ولا يجوز بيع ثمرة النخل بثمر منها وهى المزابنة .

والجواز أشبه ، لانا بينا أن غير المذكور يصح بيعه مع الضميمة ، وبينا أن الضميمة شيء يصح بيعه منفرداً والبستان المدرك يصح بيعه منفرداً ، فلزم من هذه المقدمات الجواز وهو المطلوب .

قوله : بعد التأبير فالثمرة للبائع

لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : من باع نخلا مؤبراً فثمرته للبائع[1] . واتفق الكل على أن دلالة المفهوم هنا حجة ، وهو أنه اذا لم يؤبر يكون الثمرة للمشتري وان أطلع ، ولم يذكر في متن العقد الا أن يشترطه البائع ، كما أنه في الصورة الاولى يكون للبائع الا أن يشترطه المشتري .

ويتفرع على ذلك أنه لو أبر بعض البستان ثم باعه كان ثمرة المؤبر له وثمرة مالم يؤبر للمشتري عملا بالمقتضي .

وهنا فوائد :

(الاولى) الابار لغة التلقيح ، قال الجوهري أبر فلان نخله أي لقحه ، ومنه

---

١) الوسائل ٤٠٧/١١ ، الباب ٣٢ من ابواب احكام العقود .

وهل يجوز بثمر من غيرها فيه قولان ، أظهرهما : المنع .
وكذا لايجوز بيع السنبل بحب منه ، وهى المحاقلة .

سكة مأبورة .

(الثانية) يجب على المشتري تبقية الثمرة المؤبرة الى أوان قطعها ، والمرجع العادة في أخذ الثمرة .

(الثالثة) لوانتقل النخل بغير البيع لم تكن الثمرة للمنقول اليه وان لم يؤبر، سواء كان بعقد معاوضة أولا .

(الرابعة) لو انتقل غير النخل من أنواع الشجر بالبيع فالثمرة للناقل أبرت أولا ، اقتصاراً على مافهم من النقل .

(الخامسة) لوانتقل النخل باشتراطه في عقد بيع ولم يكن مؤبراً فهل ثمرته للمنتقل اليه أم لا ؟ فيه اشكال ، ينشأ من كون سبب الملك هنا هوالبيع ، ومن اختصاص السبب بمتعلقه وملك الاخر بالشرط والانتقال أقوى . والصلح ان قلنا انه فرع فكالبيع والا فلا . وهوالاقوى .

قوله : وهل يجوز بثمر من غيرها ؟ فيه قولان اظهرهما المنع

ورد شائعاً أنه صلى الله عليه وآله وسلم نهى عن المزابنة والمحاقلة[1] .

أما المزابنة فهي لغة من الزبن ، وهو الدفع ، ومنه الزبانية لانهم يدفعون الناس الى النار . والمتبايعان كل منهما يدفع عن نفسه غبن صاحبه لووقعا في هذا البيع لاشتماله على الغبن غالباً .

وشرعاً هو بيع التمر على رؤس النخل بتمر ، فهل يشترط في النهي أن يكون منهما أم لايشترط حتى لوباعها بتمر موضوع على الارض كان منهياً عنه ؟

---

١) التهذيب ١٤٣/٧ ، الكافى ٢٧٥/٥ ، الاستبصار ٩١/٣ .

فيه قولان. قال الشيخ في النهاية والقاضي بالاول ، فعندهما يجوز بتمر من غيرها، لعموم « وأحل الله البيع » ، ولان التمر على النخل ليس بمكيل ولا موزون فهو غير ربوي فيجوز ، ولرواية ابى الصباح عن الصادق عليه السلام : ان رجلا كان له على رجل خمسة عشر وسقاً من تمر وكان له نخل فقال له خذ مافى نخلي بتمرك ، فأبى أن يقبل فأتى النبى صلى الله عليه وآله وسلم فأمره بأخذه فامتنع وقال : يارسول الله لايفي بمالي[1] ولو كان محرماً لما أمره النبى «ص».

وقال المفيد والشيخ في المبسوط وابن ادريس وابن حمزة والقاضي في المهذب بالثاني ، لرواية عبدالرحمن عن الصادق عليه السلام قال : نهى رسول الله « ص » عن المزابنة والمحاقلة . قلت : وما هو ؟ قال : أن تشتري حمل النخل بالتمر والزرع بالحنطة[2] وهذا هو الحق .

والتحقيق أن نقول : ان المزابنة والمحاقلة لاتكونان الا بأن يكون الثمن تمراً أوحباً ، فان قيدا بأصلهما الموجودين فذلك غير مملك ، لان الثمن لابد أن يكون مغائراً للمثمن ، وعلى هذا الشرط يتحدان. وان لم يقيدا فهو المطلوب، سواء تقيد بغير أصلهما أو أطلقا .

وأما حجة الاول فضعيفة ، لان العموم يخصص للدليل كما خص في غيره، ونمنع كونهما غير ربويين .

وأما الرواية فلا دلالة فيها على الجواز ، لان الاخذ المأمور به ليس ببيع فجاز أن يكون صلحاً أو قبضاً عن دين ، وكلاهما غير ممنوع . هذا مع أن الرواية ضعيفة السند ، لان في طريقها الحسن بن محمد بن سماعة ، وهو واقفي .

---

١) الاستبصار ٩٢/٣ ، التهذيب ٩١/٧ .

٢) التهذيب ١٤٣/٧ ، الكافى ٢٧٥/٥ ، الاستبصار ٩١/٣ .

وفى بيعه بحب من غيره قولان ، أظهرهما : التحريم .

ويجوز بيع العرية بخرصها ، وهى النخلة تكون فى دار آخر فيشتريها صاحب المنزل بخرصها تمراً .

ويجوز بيع الـزرع قصيلا وعلى المشترى قطعه ، ولو امتنع فللبائع ازالته .

ولو تركه كان له أن يطالبه بأجرة أرضه .

قوله : وفى بيعه بحب من غيره قولان اظهرهما التحريم

الكلام في المحاقلة كالكلام في المزابنة ، فلا وجه لاعادته . وهي مأخوذة من الحقل[1] ، وهو القراح ، لحصول البيع على ذلك الوجه في القراح .

قوله : ويجوز بيع العرية بخرصها تمراً ، وهى النخلة تكون فى دار آخر يشتريها صاحب المنزل بخرصها تمراً

قال أهل اللغة: العرية النخلة تكون لانسان في بستان غيره أو في داره فيشق عليه دخوله اليها فيبتاعها منه بخرصها تمراً ، وأصله من التعرية، وهو ابراز الجسد عرياناً ، فكأن الرطب اذا أخذ من النخل عري منه فقيل للنخل عرايا جمع العرية .

وفي الشرع هي كذلك ، لكن يمكن أن يكـون تسميتها عرية لتعريها عن حكم المزابنة أو عن حكم الربا . اذا عرفت هذا فاعلم أن لبيعها شروطاً :

« ١ » ـ أن تكون واحدة ، فلو كانت اكثر لم يجز . اللهم الا أن تكون في كل دار أو بستان واحدة .

---

١) الحقل : الارض القراح وهى التى لاشجر بها، وقيل هو الزرع اذا تشعب ورقه ومنه اخذت المحاقلة وهى بيع الزرع فى سنبله بحنطة وجمعه حقول مثل فلس وفلوس.

ويجـوز أن يبيع ما ابتاعه من الثمرة بـزيادة عن الثمن قبل قبضها على كراهية .

« ٢ » ـ أن يباع بالحلول لا بالتأخير .

« ٣ » ـ أن يكون الثمن تمراً من غيرها ، فلو كان منها لم يجز .

« ٤ » ـ أن يكون من النخل ، فلا عرية في الشجر .

وخالف الشافعي في الاول والرابع، وشرط بلوغها خمسة أوسق . والحق خلافه تمسكاً بالنص في بيع العرية وتمسكاً بتحريم المزابنة فيما فوق الواحدة.

نعم شرط الشيخ خامساً ، وهو التقابض قبل التفرق كالصرف . ومنعه ابن ادريس . وهو الحق ، لاصالة عدم الاشتراط وعدم الدليل الدال على مدعاه . نعم الحلول شرط كما قلناه لانه مزبون .

وقال المصنف والعلامة يحتمل الجواز في بيعها بتمر منها، عملا باذن المطلق .

وفيه نظر ، لانا نقيده بالدليل العقلي ، وهووجوب مغايرة الثمن والمثمن. وبه قال ابن حمزة .

وقال بعض الفقهاء : يجب أن يماثل في الخرص بين ثمرتها عند الجفاف وثمنها . وليس بشيء ، للاصل وعملا بظاهر الخبر الدال على بيعها مطلقاً

قوله : ويجوز ان يبيع ما ابتاعـه من الثمرة بزيادة عن الثمن قبل قبضها على كراهية

يمكن أن تكون هذه المسألة من فروع جواز بيع الشيء قبل قبضه ، وقد تقرر أنه جائز على كراهية ، خلافاً لمن منع ذلك مطلقاً أو في المكيل والموزون والثمرة حيث انها والحالة هذه غير مكيلة ولا موزونة يمكن خروجها عن المنع،

ولو كان بين اثنين نخل فتقبل أحدهما بحصة صاحبه من الثمرة بوزن معلوم صح .

وإذا مر الانسان بثمرة النخل جاز له أن يأكل مالم يضر أو يقصد .

فأشار المصنف الى عدمه لان جنسها مكيل وموزون .

قوله : ولو كان بين اثنين نخل فتقبل احدهما بحصة صاحبه من الثمرة بوزن معلوم صح

هذا قول الشيخ رحمه الله اعتماداً على رواية يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام[1]، ورواية الحلبي عنه عليه السلام[2] أيضاً عن آبائه في قضية رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مع أهل خيبر، ويكون ذلك التقبيل مشروطاً بالسلامة .

وقال ابن ادريس: ان كان ذلك بيعاً فهو مزابنة ، وان كان على وجه الصلح فان كان بثمرة في ذمة الشريك فهي لازمة له سواء بقيت الثمرة أو تلفت ، وان كان بثمرة منها فهو صلح باطل لانه غرر .

ويمكن أن يجاب بأنه ليس بصلح ولا بيع حتى يلزم ما ذكره ، وانما هو مراضاة غير لازمة من الطرفين يستحب الوفاء بها لكل منهما، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم[3] ولذلك قال المصنف رحمه الله « صح » ولم يقل لزم .

---

١) الفقيه ١٤٢/٣ ، الكافي ١٩٣/٥ ، التهذيب ٩١/٧ .

٢) التهذيب ١٩٣/٧ ، الكافي ٢٦٦/٥ .

٣) التهذيب ٢٢/٧ .

ولا يجوز أن يأخذ معه شيئاً .

وفى جواز ذلك فى غير النخل من الزرع والخضر تردد .

قوله: وفى جواز ذلك فى غير النخل من الزرع والخضر تردد

روى الشيخ وابن بابويه عن محمد بن مروان قال: قلت للصادق عليه السلام أمر بالثمرة فآكل منها . قال : كل ولا تحمل . قلت : جعلت فداك ان التجار قد اشتروها ونقدوا أموالهم فيها . قال : اشتروا ما ليس لهم[1] .

وعن محمد بن ابى عمير عن بعض أصحابنا عنه عليه السلام : الرجل يمر بالنخل والسنبل والثمر فيجوز له أن يأكل منها من غير اذن صاحبها من ضرورة وغير ضرورة . قال : لا بأس[2] .

فأفتى الشيخ في النهاية والمبسوط وكتابى الاخبار والقاضي بجواز الاكل من الثمرة وعداه الى الشجر والزرع ، وقال في المسائل الحائرية بالتخصيص بالثمرة لتخصيص النص المذكور بها ، وهي تختص عرفاً بثمرة النخل .

والمصنف تردد في الزرع والخضر من كلامي الشيخ في الموضعين. نعم الزرع مذكور في رواية ابن ابى عمير .

وأما العلامة فمنع في الكل . وهو الأجود ، لاصالة عدم جواز التصرف في مال الغير الا باذنه ، ولرواية الحسن بن يقطين صحيحاً قال : سألت اباالحسن عليه السلام عن الرجل يمر بالثمرة من الزرع والنخل والكرم والشجر والمباطخ وغير ذلك من الثمر أيحل له أن يتناول منه شيئاً؟ قال: لا يحل له أن يأخذ منه شيئاً[3] .

---

١) التهذيب ٨٩/٧ ، الاستبصار ٩٠/٣ .

٢) التهذيب ٩٣/٧ ، الاستبصار ٩٠/٣ .

٣) التهذيب ٩٢/٧ ، الاستبصار ٩٠/٣ .

الفصل السابع

(في بيع الحيوان)

اذا تلف الحيوان فى مدة الخيار فهو من مال البائع ، ولو كان بعد القبض ، اذا لم يكن بسببه ولا عن تفريط منه .

ولا يمنع العيب الحادث من الرد بالخيار .

ووجه الدلالة أن يأخذ في تقدير مصدر منكر وقع في سياق النفي، فيعم الاخذ والاكل والحمل وغير ذلك ، والتخصيص يحتاج الى دليل .

ان قلت: لم لا يحمل الاخذ هنا على الحمل فلا يكون منافياً لقول الشيخ ولرواية ابن مروان .

قلت : لو كان المراد الحمل لكان أخص من السؤال ، فان السؤال وقع عن التناول وهو أعم من الحمل والاكل كما قلناه ، والاخص ليس بجواب تام . نعم قد يقع الاخص جواباً مع دلالته على المراد بالسؤال عن الاعم ، كما اذا سئل عن استعمال ماء البحر فيجاب بجواز الوضوء منه ، فانه لا فرق بين الوضوء وغيره ، وهنا ليس كذلك .

وأما الروايتان المذكورتان فحملهما العلامة على ما اذا علم بشاهد الحال الاباحة . وهو حسن .

قوله : ولا يمنع العيب الحادث من الرد بالخيار

يريد به الحادث في الثلاثة لا يمنع من الرد بأصل خيار الحيوان ، ونقل المصنف في درسه عن شيخه ابن نما أن الرد بالعيب . وتظهر فائدة الخلاف

واذا بيعت الحامل فالولـد للبائع على الاظهر ، مالم يشترطه المشتري .

في جوازالرد بعد الثلاثة انجعلناه بالعيب ، وكذا لوسقط الخيار الاصلي يجوز عنده الرد بالعيب .

قوله: واذا بيعت الحامل فالولد للبائع على الاظهر مالم يشترطه المشتري

هنا فوائد :

(الاولى) قدتقدم أن مااختاره المصنف هوقول الشيخ رحمه الله في النهاية وعليه الفتوى ، وهو قول المفيد والتقي وسلار والقاضي في الكامل . وقال في المبسوط والقاضي في الجواهر وابن حمزة أنه مع الاطلاق للمشتري لانه عضومنها .

قلنا : الفرق ظاهر بين الجنين والعضو ، ولذلك تصح الوصية له لو كان ولد أمة وتلحقه أحكام شرعية بخلاف العضو .

(الثانية) على قول المبسوط لايصح افراد الحامل بالبيع عن الولد ، فيبطل البيع لواستثناه البائع وكذايبطل عنده لوكان الحمل جزء . وهوبعيد بل يصح بيعها مع الولد ومنفردة ولايصح بيعه منفرداً عنها .

(الثالثة) حيث يدخل في البيع فهومضمون تبعاً لامه ، فلواجهضت[1] قبل القبض أوفي خيار المشتري فله الرجوع بتفاوت ما بين الحمل والاجهاض . وعند الشيخ لايرجع المشتري على البائع شيء بل له رد المبيع .

ومثار القولين أن الشيخ عنده أن المبيع قبل قبضه مضمون وكذاكل جزء منه يفرد بالبيع ، وما لايفرد بالبيع لايكون مضموناً الاتبعاً لضمان مجموع

---

١) اجهضت الناقة والمرأة ولدها اجهاضاً : اسقطته ناقص الخلق فهي جهيض ومجهضة .

ويجوز ابتياع بعض الحيوان مشاعاً .

ولو باع واستثنى الرأس أوالجلد ففى رواية السكونى، يكون شريكاً بنسبة قيمة ثنياه .

العين ، ولمالم يكن الحمل يفرد بالبيع لم يكن مضموناً . وعند العلامة ان المبيع وكل صفاته التي لها جزء من الثمن يسمى ما قابلها أرشاً أوجزء بالتقسيط وان لم يفرد بالبيع .

(الرابعة) في قول المصنف مالم يشترط المشتري فائدة ، وهو أن الحمل وان لم يفرد بالبيع يصح اشتراطه في بيع صحيح ، كما لوباع سلعة وشرط في البيع كون حمل دابة أوأمة للمشتري وان لم يكن الام مبيعة .

قوله : ويجوز ابتياع بعض الحيوان مشاعاً

كما يصح بيع كل الحيوان كذا يصح بيع بعضه لكن بشرطين :

(الاول) كونه مشاعاً ، فلايصح معيناً كرأسه ورجله ، لان مقدورية التسليم وعدم الضرر شرطان في المعاملة الصحيحة، وهما غيرحاصلين مطلقاً على تقدير كون المبيع جزء معيناً لجواز مطالبة المشتري بحقه .

(الثاني) كونه معلوماً بالنسبة كالربع والثلث ، اذ الجهالة ملزومة للغرر المنهي عنه .

اذا عرفت هذا فاعلم أنه كلما صح بيعه صح استثناؤه ، فيصح بيع الدابة الاربعها مشاعاً ، ومالايصح بيعه لايصح استثناؤه فلا يصح بيعها الا رأسها ، اذ الأجزاء غير معلوم وان كان مشاعاً . هذاكله في الحيوان الحي ، أما المذبوح فيصح فيه بيع جزء المشاع والمعين بشرط المعلومية فيهما .

قوله : ولوباع واستثنى الرأس اوالجلد ففى رواية السكونى يكون

شريكا بنسبة قيمة ثنياه ١)

هذه رواية النوفلي عن السكوني عن الصادق عليه السلام قال: اختصم الى علي عليه السلام رجلان اشترى أحدهما من الآخر بعيراً واستثنى البائع الرأس والجلد ثم بدا للمشتري أن يبيعه ، فقال للمشتري: هو شريكه في البعير على قدر الرأس والجلد[٢]. فعمل بها الشيخ في كتبه ومن تابعه.

وأما المفيد والمرتضى والتقي وابن الجنيد وابن ادريس فقالوا بصحة الاستثناء من غير شركة ، وفصل العلامة فجوز الاستثناء المذكور في المذبوحة أو مشترطة الذبح ، ومنعه في غيرهما لما تقدم من لزوم الغرر .

وأما الشهيد فوافق العلامة في اختياره في الاستثناء وخالفه في مامنعه في غير المذبوحة، وقال فيه بمقالة الشيخ من أنه شريك بنسبة القيمة وقال في مشروط الذبح ان ذبح فالشرط لازم والاتخيربين الفسخ والشركة بالقيمة .

وأما سلار فقال بمقالة المفيد والمرتضى وزاد جواز استثناء اللحم بالوزن ومنعه ابن الجنيد لتفاوته .

وبعض الفضلاء المتأخرين قال: ان كان المستثنى الجلد أو ما منه الجلد فهو باطل لجهالته ، لان الجلد يتفاوت ثمنه بتفاوته في الثخن والرقة ، لكن لا يبطل البيع لان جهالة المستثنى في هذه الصورة لا تستلزم جهالة المبيع فيكون البائع شريكاً بنسبة قيمة المستثنى كما دلت عليه الرواية ، وان كان المستثنى هو الرأس وحده أو الرأس والقوائم فهو صحيح لانه استثناء معلوم من معلوم. والضرر الذي ذكره العلامة معارض باستثناء الجزء المشاع ، فانه جائز اتفاقاً مع أن الضرر المدعى حاصل فيه .

---

١) الثنيا بضم الثاء والثنوى بالفتح اسم من الاستثناء ، وفي الحديث: من استثنى فله ثنياه اى ما استثناه ، فالاستثناء هو صرف العامل عن تناول المستثنى .

٢) الكافي ٣٠٤/٥ ، التهذيب ٨١/٧ .

ولو اشترك جماعة فى شراء حيوان واشترط أحـدهم الرأس والجلد بماله ، كان له منه بنسبة مانقد لا ما شرط .

ولو قال : اشتر حيواناً بشركتى صح ، وعلى كل واحد نصف الثمن .

ولو قال : الربح لنا ولا خسران عليك ، لم يلزم الشرط .

وفى رواية : اذا شارك فى جارية وشرط الشريك الربح دون الخسارة جاز .

قلت : وعندي في كلام هذا الفاضل نظر :

أما أولا : فلان حكمه بجهالة المستثنى مستلزم لجهالة قيمته فكيف يكون البائع شريكاً بقدرها ، لانه رجوع الى جهالة .

وأما ثانياً : فلمنع المعارضة بالمشاع ، اذالفرق حاصل بينه وبين المعين فانه مع المعين للمشتري المطالبة بحقه لتعيينه فيتضرر لوأجبرعلى ابقائه . وأما المشاع فليس له المطالبة به لعدم تعيينه بل هوشائع في كل جزء .

قوله : وفي رواية اذا شارك فـي جارية وشوط الشريك الربح دون الخسارة جاز

هذه رواها الشيخ في التهذيب والكليني عن ابن محبوب عن رفاعة عـن الكاظم عليه السلام[1]. وأفتى بمضمونها الشيخ والقاضي ، ونصره العلامة فـي المختلف بدلالة « أوفوا بالعقود »[2] والمؤمنون عند شروطهم[3] وبأصالة الجواز.

---

١) الكافى ٥/٢١٢ ، التهذيب ٧/٧١ .

٢) سورة المائدة : ١ .

٣) التهذيب ٧/٢٢ .

ويجوز النظر الى وجه المملوكة ومحاسنها اذا أراد شراءها . ويستحب لمن اشترى رأساً أن يغير اسمه ويطعمه شيئاً حلواً ويتصدق عنه بأربعة دراهم . ويكره أن يريه ثمنه فى الميزان .

ويلحق بهذا الباب مسائل :

(الاولى) المملوك يملك فاضل الضريبة، وقيل : لايملك شيئاً .

وفيه نظر ، لانه انطرد الحكم في غيرهذه الصورة المذكورة فهوخلاف الاجماع والاكان الفرق محتاجاً الى دليل ، والعمومات المذكورة لادلالة لها عليه . وأما الرواية فان منطوقها أنه سأله عن رجل شارك رجلا في جارية وقال ان ربحنا فلكنصف الربح وان كانت وضيعة فليس عليك شيء . قال عليهالسلام لا أرى بهذا بأساً اذا طابت نفس صاحب الجارية . ونحن نقول بموجبها ، اذ معناها أنه اذا شرط عدم الخسران عليه جاز له أن يفي بقوله . وهو صحيح ، اذالناس مسلطونعلىأموالهم[1]، فاذاترك ماله لاحرج عليهفيه . وأما لزومالشرط وأنه لايجوزله مخالفته فلادلالة للرواية عليه ، ولذلك أردف نفي البأس بقوله « اذا طابت نفس صاحب الجارية » .

وابن ادريس منع الرواية لمخالفتها أصول المذهب منأن الخسران على رؤوس الاموال بغيرخلاف .

قال الشهيد: لانسلمأن تبعية المال لازم لمطلق الشركة بل للشركة المطلقة ثم قال : والاقرب تعدي الحكم الى غيرالجارية من المبيعات .

قوله : المملوك يملك فاضل الضريبة ، وقيل لايملك شيئاً

الاول للشيخ في النهاية ، لرواية ابن محبوب عن عمربن يزيد عن الصادق

---

١) البحار ٢/٢٧٢ .

عليه السلام[1]. وقال أيضاً يملك ارش الجناية، لرواية اسحاق بن عمار عنه عليه السلام[2].

والثاني قوله في الخلاف، محتجاً بوجوه:

(الاول) قوله تعالى «ضرب الله مثلا عبداً مملوكاً لايقدر على شيء»[3]، وليس المراد نفي القدرة على الفعل لبطلانه، فيكون المراد نفي الملك مجازاً لتعذر الحقيقة، فلايلزم من تنكير العبد المملوك جواز تملك غيره من العبيد، لان الحكم المعلق على الوصف يستلزم كونه علة للحكم، كقولك «اكرم العلماء وأهن الجهال»، فانه يدل على أن علة الاكرام والاهانة العلم والجهل، فكذا في الاية علق عدم القدرة بوصف الملك.

(الثاني) قوله تعالى «ضرب لكم مثلا من أنفسكم هل لكم مما ملكت أيمانكم من شركاء فيما رزقناكم فأنتم فيه سواء»[4] وجه الاستدلال أنه شبه حاله مع عباده في نفي المشاركة في الملك بحال السادات مع مماليكهم، ومعلوم أن عباده لايشاركون الله في الملك فكذا المماليك.

(الثالث) لو ملك العبد لزم التناقض في الأحكام، واللازم كالملزوم في البطلان بيان الملازمة: أنه لو ملك لجاز أن يملك عبداً وجاز أن يملك عبده مالا، فجاز أن يشتري مولاه من سيده، فيكون كل منهما عبداً سيداً معاً، وهو تناقض.

وفيه نظر، اذ لايلزم من جواز تملكه مطلقاً جواز تملك خاص، فانه لايلزم من جواز تملك الحر مطلقاً جواز تملكه لابويه وأولاده.

---

١) التهذيب ٨/٢٢٤، الفقيه ٣/٧٤.

٢) التهذيب ٨/٢٢٥.

٣) سورة النحل: ٧٥.

٤) سورة الروم: ٢٨. وتمام الاية الكريمة «تخافونهم كخيفتكم انفسكم كذلك نفصل الايات لقوم يعقلون».

واعلم أن بعض مخالفينا قال بجواز تملكه ، ولهم عليه أدلة أشرنا اليها في « كنز العرفان » وأجبنا عنها فليطلب هناك[1].

نعم الفتوى على القول بعدم تملكه، وهو قول العجلي والعلامة. وأما المصنف

---

١) قال في كنز العرفان ٢/١١١ : وقال ـ اي الشافعي ـ في القديم : يملك اذا ملكه مولاه ، وقال مالك يملك وان لم يملكه مولاه . ووجه ما قلناه أنه ليس المراد من الآية « ضرب الله مثلا عبداً مملوكاً لايقدر على شي » النحل ٧٥ نفى القدرة على الفعل ، لانه معلوم البطلان ضرورة ، فيكون المراد أنه لايملك وهو المطلوب . وأيضاً نفى عنه القدرة عموماً ، لان النكرة في النفي يعم خرج من ذلك ما أخرجه الدليل فيبقى الباقي على النفي .

ان قلت : ان النفي وان كان عاماً لكنه متعلق بعبد منكر ، وهو لايدل على العموم فلا يلزم عدم تملك العبيد كلهم .

قلت : تعليق الحكم على المشتق يدل على كون المشتق منه علة في الحكم ، كقولك « اكرم العلماء » فانه يدل على أن علة اكرامهم علمهم فيعم أينما وجد المشتق منه . وصورة النزاع كذلك ، فيعم أينما وجد الملك .

الى أن قال : احتج من قال بملكه بقوله تعالى « وأنكحوا الايامى منكم والصالحين من عبادكم وامائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله » النور ٣٢ . وجه الدلالة أنه لو يصح تملكهم لم يصح اغناؤهم لكن صح فصح . وبما روى ان سلمان كان عبداً فأتى النبي صلى الله عليه وآله وسلم بشيء فقال هو صدقة ، فرد فأتاه ثانياً وقال هذه هدية فقبله ، فلو كان لايملك لما قبله منه .

وأجاب الشيخ عن الاول بجواز أن يريد الله ان يغنيهم الله بالعتق ، وعن الثاني بالمنع من كون سلمان مملوكاً حقيقة بل كان محكوماً عليه من غير التملك الشرعي . وان سلم جاز أن تكون الهدية باذن سيده وعلم النبي صلى الله عليه وآله وسلم ذلك فقبلها .

وفي الجواب الاول نظر ، لانه ان توجه فانما يتوجه على تقدير تزويج العبيد والاماء بالاحرار ، لانه ربما يؤدي الى عتقهم بسبب اولادهم ، وأما اذا زوجوا بأمثالهم فلا .

وأيضاً لو كان العتق غنى كان الرق فقراً ، وحينئذ كان فقر العبد متحققاً فيكون حجة لنا وكلمة « ان » وان كان محلها المحتمل لكن جاز استعمالها في المتحقق ، مثل قوله تعالى « وان يك صادقاً يصبكم بعض الذى يعدكم » المؤمن : ٢٨ .

(الثانية) من اشترى عبداً له مال ، كان ماله للبـائع ، الا مع الشرط .

(الثالثة) يجب على البائع استبراء الامة قبل بيعها بحيضة ، ان كانت ممن تحيض ، وبخمسة وأربعين يوماً ، ان لم تحض و كانت في سن من تحيض .

و كذا يجب الاستبراء على المشترى اذا لم يستبرئها البائع .

ويسقط الاستبراء على الصغيرة واليـائسة والمستبرأة ، وأمة المرأة .

ويقبل قول العدل اذا أخبر بالاستبراء .

فقال في الشرائع انه يملك لكنه محجور عليه .

والتحقيق أن نقول: ان أريد بالملك جواز الانتفاع فلاشك أنه يملك بهذا المعنى ، لان له الانتفاع بما يخصه به سيده ، ولهذا جـاز تحليل أمته لعبده . وأيضاً يجوز تمكينه من الهدي في الحج اجماعاً. وان أريد بالملك ما ليس لغيره منعه فهوغيرمالك بهذاالمعنى،لان جميع مايخصه به مولاه له منعه منه.والحاصل أنه يملك ملكاً غيرتام .

قوله : وامة المرأة ويقبل قول العدل اذا اخبربالاستبراء

هذا قول الشيخ في النهاية ، واختاره العلامة ، لان الغرض من الاستبراء العلم بفراغ الرحم، ومع كونها للمرأة لاوطي في البين ظاهراً ، فيحصل الظن بالفراغ وكذا مع اخبارالعدل، وتؤيده رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام[1].

---

١) التهـذيب ١٧٢/٨ ، الكافي ٤٧٣/٥ ، الاستبصار ٣٥٨/٣ .

ولا توطأ الحامل قبلا حتى تمضي لحملها أربعة أشهر .

ولو وطئها عزل . ولو لم يعزل كره له بيع ولدها ، واستحب أن يعزل له من ميراثه قسطاً .

(الرابعة) يكره التفرقة بين الاطفال وأمهاتهم حتى يستغنوا . وحـده سبع سنين . وقيل : أن يستغنى عن الرضاع . ومنهم من حرم .

ونازع ابن ادريس في المسألتين ، فأوجب فيهما الاستبراء ، لان فعل البائع لايسقط عن المشتري ما وجب عليه ، ولرواية ابـن سنان الاخرى[1]، وحملها العلامة على الكراهية .

قوله : ولاتوطأ الحامل قبلاحتى تمضي لحملها اربعة اشهر ـ الخ

هذا الكلام ليس على اطلاقه ، فان الحمل اذا كان من مولى أو زوج أو محلل له فلايجوز مطلقاً حتى تضع ولو دبراً ، وان كان من شبهة فكذلك للحوقه بالصحيح وكذا المجهول الحال . فلم يبق حينئذ الاتقييد ما ذكره بالزنا ، اذ هو وان لم يكن محترماً لكن هذا الحكم مشهور بين الأصحاب وليس له محمل الاعليه، فيكون هو المراد .

نعم قال في الشرائع أربعة أشهر وعشراً ، وعليه الفتوى ، وذلك على التحريم أما بعد المدة المذكورة قبل الوضع فهو مكروه ، ولو فعل عزل ، وان لم يعزل كره بيع الولد .

قوله: ويكره التفرقة بين الاطفال وامهاتهم حتى يستغنوا، وحده سبع سنين ، وقيل ان يستغنوا عن الرضاع ، ومنهم من حرم

١) التهـذيب ٢١٢/٨ ، الفقيه ٢٨٢/٣ .

هنا مسألتان :

(اولاهما) لاخلاف أنه لايحرم التفرقة المذكورة بعد الاستثناء المذكور ، أما قبله ففيه قولان : أحدهما الكراهية وهوقول الشيخ فيالنهاية في باب العتق واختاره العجلي والمصنف والعلامة، للاصل ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم الناس مسلطون على أموالهم[١] . وثانيهما التحريم ، وهوقوله في النهاية فى البيع والمفيد والقاضي وابن الجنيد . وهو الحق لقوله صلى الله عليه وآله : بيعوهما جميعاً أوأمسكوهما جميعاً[٢]، لما باعوا جارية من السبى كانت أمهاتهم معهم حين نفدت نفقاتهم ، فسمع النبى « ص » أمها تبكي . والامر الدال على الامساك يقتضي تحريم ضده ، ولرواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام[٣] ، ورواية سماعة عنه عليه السلام[٤] أيضاً المصرحة بالتحريم . قال العجلى حد الاستغناء سبع سنين ، وقال الثلاثة مدة الرضاع[٥] ، والاول اقرب .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) اذا قلنا بالتحريم كان البيع فاسداً ، قاله في المبسوط، وهوظاهر الاخبار . وهوالحق، لان النبى « ص » بعث ثمن الجارية وأتي بها[٦]، فلو كان البيع صحيحاً لاقره واشترط الرضا من المشتري في الرد .

(الثانية) لو رضيت الام والولد بالتفرقة فلا تحريم ولا كراهية ، للتصريح بذلك في رواية ابن سنان .

---

١) البحار ٢٧٢/٢ .
٢) التهذيب ٧٣/٧ ، الكافى ٢١٨/٥ ، الفقيه ١٣٧/٣ .
٣) الكافى ٢١٩/٥ .
٤) الكافى ٢١٨/٥ ، التهذيب ٧٣/٧ .
٥) والمشهور مدة الرضاع فى الذكر وسبع سنين فى الانثى .
٦) هى رواية معاوية بن عمار السالفة آنفاً .

(الخامسة) اذا وطىء المشترى الامة ثم بان استحقاقها أنتزعها المستحق .

وله عقرها نصف العشر ان كانت ثيباً والعشر ان كانت بكراً .

وقيل : يلزمه مهر أمثالها وعليه قيمة الولد يوم سقط حياً .

ويرجع بالثمن وقيمة الولد على البائع .

(الثالثة) طرد في المبسوط الحكم في أم الولد ، وابن الجنيد طرده في من يقوم مقام الام في الشفقة وأفسد البيع في السبايا وكره ذلك في غيرهم. وخص الشيخ في النهاية الحكم بالام ، وعليه الحليون .

(الرابعة) ظاهر الاصحاب أن التفرقة بعد الاستغناء مباحة ، وقيل يكره أيضاً ويقرب التفصيل وهو أنه مع التميز والاضطلاع[1] بالقيام بالضروريات لا كراهية والا فالكراهية .

(الخامسة) لا يختص المنع من التفرقة بالبيع بل يعم كل انتقال باختيار المالك اما لو ظهر استحقاق أحدهما بوجه شرعي فانتزعه المستحق فلا منع من ذلك .

قوله : وله عقرها[2] نصف العشر ان كانت ثيباً والعشر ان كانت بكراً، وقيل يلزمه مهر أمثالها

الاول قوله في المبسوط لانها جارية موطوءة بالشبهة وقد نقصت قيمتها بالوطي فيكون للمولى قدر النقصان ، كما يثبت ذلك في غيره من المواضع . قال في الشرائع انه مروي .

---

١) في بعض النسخ : والا صلاح بالقيام .

٢) العقر بضم العين المهملة : دية فرج المرأة اذا غصبت على نفسها ثم كثر ذلك حتى استعمل في المهر .

وفي رجوعه بالعقر قولان ، أشبههما : الرجوع .

(السادسة) يجوز ابتياع ما يسبيه الظالم وان كان للامام بعضه أو كله .

وكأنه اشارة الى رواية طلحة بن يزيد عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام عن علي عليه السلام[1] . لكن طلحة ضعيف .

والثاني قول ابن ادريس ، ولاأعرف له وجهاً سوى الحمل على الحرة الموطوءة بالشبهة . قيل انه قياس مع وجود النص على خلافه . قلت : نمنع كون ذلك قياساً ، بل هومن اتحاد طريق المسألتين .

قوله : وفي رجوعه بالعقر قولان اشبههما الرجوع

لاخلاف في رجوعه بالثمن وقيمة الولد . وفي العقر قولان : قال ابن ادريس لارجوع لحصول العوض فيمقابلته وهوالانتفاع بالبضع، وقال غيره ـ وهوالاصح ـ لهالرجوع، لان البائع أباحه بغير عوض فهوحينئذ مغرورفيكون الغارضامناً .

هذا البحث كله على تقدير الجهل من المشتري، أما لو كان عالماً باستحقاقها فلارجوع له بشيء من العقر ولاالثمن مع تلفه في يد البائع والولدرق لسيدها فان كان حاصلا عن وطي اكراه كان للسيد مهرأمثالها على الواطي .

قوله : يجوز ابتياع ما يسبيه الظالم وان كان للامام بعضه أوكله

لافرق بين كون الظالم مسلماًأو كافراً، فان ذلك كله مباح للشيعة حال الغيبة سواء كان كله للامام كما اذا كان غزوالسرية بغير اذنه أوبعضه له كما في صورة

---

١) التهـذيب ٢٨١/٧ ، الفقيـه ٢٦٦/٣ . وطلحة بن زيد بترى الا أنه قال في الفهرست : عامي المذهب الا ان كتابه معتمد .

ولـو اشترى أمة سرقت من أرض الصلح ردها على البـائع واستعاد ثمنها .

فان مات ولا عقب له سعت الامة في قيمتها على رواية مسكين السمان .

وقيل : يحفظها كاللقطة .

ولو قيل : يدفع الى الحاكم ولا تكلف السعي ، كان حسناً .

وجوب الخمس فيه فان نصفه للامام ، وذلك كالمأخوذ سرقة لامجاهرة .

قوله : ولواشترى امة سرقت من ارض الصلح ردها على البائع واستعاد ثمنها ، فان مات ولا عقب له سعت الامة في قيمتها على رواية مسكين السمان، وقيل يحفظها كاللقطة ، ولوقيل تدفع الى الحاكم ولاتكلف السعي كان حسناً .

صورة رواية مسكين عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل اشترى جارية سرقت من أرض الصلح . قال: فليردها على الذي اشتراها منه ولايقربها ان قدر عليه أو كان موسراً . قلت : جعلت فداك فانه قدمات ومات عقبه . قال فليستسعها[1] . وعمل بها الشيخ في النهاية كما صدر به المصنف المسألة ، ولاشك أنها مخالفة للاصول من وجوه :

(الاول) ردها على البائع ، وذلك غيرجائز، لان غيرمالك لها والرد انما هو على المالك أووارثه ، اذ الفرض أنها مملوكة لكن أموال أهل الذمة لهم .

(الثاني) انه يردها على الوارث مع عدم البائع ويأخذ الثمن منه . وهذا أيضاً مخالف للاصل ، بل يؤخذ من التركة ان وجدت .

---

١) التهذيب ٨٣/٧ .

(الثالث) انه اذا تعذر الوارث استسعيت في الثمن. وهو أيضاً باطل ، لانها مال لغير من عليه الثمن فلايؤدى من كسبها المملوك لمالكها على غيره. فلذلك أفتى ابن ادريس بأنها يجب حفظها وردها على مالكها كاللقطة ولاتكلف السعي والمصنف قال تدفع الى الحاكم لجهالة مالكها، وكذا أفتى به العلامة مع أنه قال في المختلف : ان مسكين السمان لا يحضرني الان حاله وباقي رواتها لا مطعن فيهم.

وأما شيخنا الشهيد فاختار أقربية العمل بالرواية ، وأجاب عـن المخالفة للاصل ، أما ردها على البائع فلانه مكلف بردها على أهلها ، اما لانه السارق أولانه ترتبت يده عليه ، وأما استسعاؤها فللجمع بين حق المشتري وحق صاحبها والاصل فيه أن مال الحربى فيء في الحقيقة ، وبالصلح صـار محترماً احتراماً عرضياً ، فلايعارض ذهاب مال محترم في الحقيقة .

قلت : في كلامه نظر من وجوه :

(الاول) انه كما يكلف البائع بردهـا الى أربابها فكذا يكلف المشتري أيضاً، لكونها مالاً حصل بيده بغيررضاً ولاعلم من مالكه فيجب عليه رده اليه .

ان قال : للبائع يدسابقة فهومخاطب بالرد أولا .

قلت : لاأثرلتقدم هذه اليد والالكان الغاصب من الغاصب يجب عليه الرد على الغاصب لوتعذر المالك ، وهوباطل اجماعاً .

(الثاني) ان ذلك البائع اما أنيكون سارقاً أولا، والاول لايجوز الرد عليه لخيانته وعدم أمانته فيجوز أن يبيعها ثانياً وهوباطل، والثاني لايجوز أيضاً لانه ليس وكيلاللمالك ولاولياً له ، مع أنه يلزمه أن يقول بذلك في كل مبيع يظهر استحقاقه ، وهوباطل اجماعاً .

(الثالث) ان قوله في الاستسعاء انه جمع بين حق المشتري وحق مالكها

(السابعة) اذا دفع الى مأذون مالا ليشترى نسمة ويعتقها ويحج ببقية المال فاشترى أباه وتحاق مولاه ومولى الاب وورثة الامر بعد العتق والحج ، وكل يقول : اشترى بمالى ، ففى رواية ابن أشيم مضت الحجة ويرد المعتق على مواليه رقاً .

ثم أى الفريقين أقام البينة ، كان له رقاً ، وفى السند ضعف وفى الفتوى اضطراب .

ويناسب الاصل الحكم بامضاء ما فعله المأذون مالم يقم بينة تنافيه .

غلط اذ لاضرورة ماسة الى ذلك «ولاتزر وازرة وزر أخرى»[1]، اذ الفرض أن الثمن لازم لذمة البائع وان أهل الذمة يجب الدفع عنهم مع القيام بشرائط الذمة والذب عن اموالهم ، مع أنه يلزم شيخنا رحمه الله ان كل مؤمن تلف له مال أوغصب منه وتعذر الرجوع على المتلف والغاصب أنه يجوز دفع عوضه من أموال اهل الذمة . وهو باطل اجماعاً ، فاذاً الاجود ما قاله المصنف والعلامة .

قوله: اذا دفع الى مأذون مالا ليشترى نسمة ويعتقها ويحج ببقية المال فاشترى اباه وتحاق مولاه ومولى الاب وورثه الامر بعد العتق والحج وكل يقول اشترى بمالى ـ الى آخره

هذه المسألة ذكرها الشيخ في النهاية وتبعه القاضي ، وصورة الرواية أن علي بن احمد بن اشيم ـ بضم الهمزة واسكان الباء وقيل بفتح الهمزة والباء مهموزة ـ روى عن الباقر عليه السلام : سئل عن عبدلقوم مأذون له في التجارة

---

(١) سورة النجم : ٣٨ .

دفع اليه رجل ألف درهم وقال له اشتربها نسمة وأعتقها عني وحج عني بالباقي ثم مات صاحب الالف فانطلق العبد واشترى أباه فأعتقه عن الميت ودفع اليه الباقي ليحج عن الميت، فحج عنه فبلغ ذلك موالى ابيه ومواليه وورثة الميت جميعاً فاختصموا جميعاً في الالف فقالوا موالى معتق العبد انما اشتريت اباك بمالنا، وقال الورثة انما اشتريت اباك بمالنا، وقال موالي العبد انما اشتريت أباك بمالنا. فقال الباقر عليه السلام: أما الحجة فقد مضت بمافيها لاترد، وأما المعتق فهورد في الرق لموالي أبيه، وأي الفريقين بعد أقاموا البينة أنه اشترى أباه من أموالهم كان لهم رقاً[1].

قال المصنف: والعمل بالرواية مشكل: أما أولاً فلضعف ابن اشيم، لنبزه بالغلو، ذكر ذلك الشيخ والنجاشي. وأما ثانياً فلان الفتوى فيها اضطراب من حيث أن رد العبد الى مولاه رقاً مع حصول الشراء منه وعدم البينة بالمنافي لا وجه له، وكذا الحكم بمضي الحجة لتفرع صحتها على صحة العتق والاستيجاز المنافيين لرد العبد رقاً.

ووجه الشهيد رد العبد الى مولاه بأنه مال تصادمت الدعاوي المتكافئة فيه فيرجع الى أصالة بقاء الملك على مالكه. قال: ولايعارضه فتواهم بتقديم دعوى الصحة على الفساد، لان دعوى الصحة هنا مشتركة بين متقابلين متكافئين فتساقطا.

اذا عرفت هذا اختلف المتأخرون في المسألة، فقال ابن ادريس القول قول سيد المأذون، لان الاصل أن جميع مابيد عبده له وقول عبده غير نافذ في حقه، فالعتق باطل. واختاره المصنف في الشرائع والعلامة في كتبه، وحمل الرواية على انكار أصل البيع.

١) التهذيب ٧/ ٢٣٤.

(الثامنة) اذا اشترى عبداً فدفع البائع اليه عبدين ليختار أحدهما فأبق واحد ، قيل : يرتجع نصف الثمن .

ثم ان وجده تخير ، والا كان الاخر بينهما

وفيه نظر، لانه ينافي منطوقها من وقوع العقد وادعاء فساده . وقال المصنف هنا يمضي قول المأذون في الشراء والعتق ، لان قوله مقبول ، ولصحة تصرف العاقل .

وفي القولين نظر: أما الاول فلانه ليس على اطلاقه، بل اذا لم يسلم المولى الاذن في تولي مال الغير، أما مع حصول تسليم الاذن في ذلك فلا. وأما الثاني فلان قول المأذون ليس مقبولا مطلقاً ، بل فيما يتعلق بالتجارة من كيل أو وزن أووقوع عقد أوعدمه . أما في اخراج مابيده عن ملك سيده فلا ، بل يد العبد يد سيده واقراره عليه غير مقبول الامع تصديقه عتقاً كان أوغيره ، وحينئذ فالتحقيق أن المولى ان سلم الاذن في تولي مال الغير فالقول قول المأذون لكونه أميناً مأذوناً له في التوكل ، وان لم يسلم ذلك فالقول قوله والمال له .

هذا كله مع عدم البينة لاحد المتنازعين، أما مع حصول البينة : فأما الواحد فالحكم له، وأما لكل واحد فقال العلامة في القواعد ان رجحنا بينة ذى اليد فالحكم كالاول ـ أي يقضى به لسيد المأذون ـ ولم نرجح صاحب اليد فالاقرب ترجيح بينة الدافع عملا بمقتضى صحة البيع ، مع احتمال تقديم بينة مولى الاب لادعائه ما ينافي الاصل وهو الفساد، فتكون بينته واقفة على مالم يقف عليه باقي البينات من ثبوت الفساد ، فترجح لذلك .

قوله: اذا اشترى عبداً فدفع البائع اليه عبدين ليختار أحدهما فابق واحد قيل يرتجع نصف الثمن ثم ان وجده تخير والا كان الاخر بينهما

نصفين ، وفى الرواية ضعف .

ويناسب الاصل أن يضمن الابق ويطالب بما ابتاعه .

نصفين ، وفـى الرواية ضعف ، ويناسب الاصل ان يضمن الابق ويطالب بما ابتاعه .

ذكر الشيخ في النهاية المسألة وتبعه القاضي وأفتيا بماحكاه المصنف اعتماداً على رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام[1] المتضمنة لذلك، ومنع ذلك ابن ادريس : أما أولا فلانها خبرواحد ، وأما ثانياً فلمنافاتها أصول المذهب لانه مبيع مجهول، وأما ثالثاً فلان ارتجاع نصف الثمن لاوجه له لان المبيع ان كان هوالابق فهوبكماله للمشتري والا فهوللبائع فكيف يكون الباقي بينهما نصفين قال : وانما أورد ذلك شيخنا ايراداً ورجع عنه في كتاب السلم من الخلاف .

وأما المصنف فحكم بضعف الرواية ، لان في طريقها ابن ابى حبيب وفيه كلام ولاضطرار فيها كما قاله ابن ادريس ، وحكم بضمان التالف، لانه مقبوض بالسوم ، وكذا حكم بضمانه على المشتري الأأنه قيد الضمان بكونه موردالعقد ولولم يكن المعقود عليه فلاضمان .

وحقق الشهيد وغيره موضوع المسألة بأنه اشترى عبداً موصوفاً في الذمة فدفع اليه البائع عبدين ليختارأحدهما بناء على تساويهما في القيمة ومطابقتهما في الوصف وانحصار حقه فيهما ، وعدم ضمان المشتري هنا لانه لايزيد على المبيع المعين الهالك في مدة الخيار ، فانه من ضمان البائع .

وقال بعض الفضلاء : التحقيق هنا أن نقول : ان الشيخ لم يحكم بجواز بيع عبدغيرمعين من عبدين ولا الرواية تدل عليه، بل بجواز عبد موصوف كما قلناه ، وتخيير البائع فـي أخذ أحد العبدين لايستلزم أن يكون واقعاً في نفس

---

(١) الكافى ٥/٢١٧ ، التهذيب ٧/٨٢ .

العقد ، وكذا انحصار حق المشتري فيهما ليس من العقد بل من رضا المشتري بأحدهما بعد العقد . وكما أنه اذا رضي بأحدهما بعينه ينحصر حقه فيه فكذلك اذا رضي بأحدهما لابعينه ، وكذلك يصير العبدان مشتركين بينهما ، فيجب أن يرد البائع نصف الثمن على المشتري ويكون العبد الموجود بينهما نصفين ، وكذا الابق .

هذا اذا أبق قبل الاختيار ، وأما اذا أبق بعد الاختيار ، فان كان اختياره للابق فهومن ضمانه والموجود للبائع ، وان كان اختياره للموجود فهوله وعليه اليمين ان ادعاه البائع . وحينئذ لايلزمه الابق الامع التعدي أوالتفريط .

وقول المصنف بضمانه مطلقاً ممنوع لعدم الدليل ، وكذا قوله يطالب بما ابتاعه ، فانه انما يطالب قبل رضاه بأحدهما لامع رضاه كما قلنا .

قلت : وعندي في قوله « فكذلك اذارضي بأحدهما لابعينه وكذلك يصير العبدان مشتركين بينهما » نظر :

اماأولا: فلان انحصارحق المشتري فيهما لانسلم أنه منوط برضاه بل بحصر البائع حقه فيهما، اذالغرض أن كلا منهما موصوف بما وقع عليه العقد والواجب على البائع دفع ما وقع عليه العقد .

وأما ثانياً : فلانا لانسلم أنه اذا رضي بأحدهما بعينه وانحصر حقه فيه أنه يلزم مثله لو اختار أحدهما لابعينه : أما اولا فلانه لادلالة عليه في الرواية ولافي كلام البائع ، وأما ثانياً فلان ذلك يستلزم الشركة المقتضية للتعيب والضرر الممنوعين شرعاً الابرضا البائع، وأما ثالثاً فلانه خلاف موضوع المسألة ، وهو أنه باعه عبداً موصوفاً في الذمة بقيد الافراد الآئل الى التشخص الخارجي، لا أنه باعه عبداً مشتركاً في عبدين .

وحينئذ نقول: التحقيق هنا أنه اذاباعه شيئاً موصوفاً في الذمة ولم يتشخص

ولو ابتاع عبداً من عبدين لم يصب ، وحكى الشيخ فى الخلاف: الجواز .

تخير البائع في دفع أي جزئيات الكلي الواقع عليه البيع بصفات ما وقع عليه البيع ، فاذا دفع ذلك لم يكن للمشتري الابدال الامع عيب أواختلاف صفة لابدونهما ، سواء رضي أولا ، بل الخيار للبائع ، فلولم يعين البائع بل دفع اليه شخصين من ذلك الكلي لتخيير أحدهما فلايتعين المبيع الابتعيين المشتري لاحدهما، فاذا قبضهما لتخيير أحدهما فان اختار أحدهما لزم وان تلف أحدهما قبل الأختيار كان مضموناً عليه ، لكن لابمعنى أنه المبيع بل لقبضه بالسوم، ولا يلزم المشتري رده والمطالبة ببدله وان كان بالصفات وكان للبائع أن يبيعه وليس للمشتري الخيار، ولو كان ناقصاً صفة من الصفات جاز للمشتري رده ووجب على البائع ابداله .

اذا تقرر هذا فنقول : اذا اشترى عبداً موصوفاً على الوجه المذكور فدفع اليه عبدين ليختار أحدهما ، فاما أن يكونا بالصفة أو لايكونا بالصفة أويكون أحدهما بالصفة دون الاخر ، ففي الاول الحكم كما قلناه ، وفي الثاني يضمن التالف بقيمته ويطالب بحقه ، وفي الثالث لم يلزمه اختيار التالف بل يضمن قيمته ويرد الباقي ان كان بخلاف الصفة ويطالب بحقه . ولا فسخ له، لان المبيع غير معين ، وان كان الباقي بالصفة ضمن التالف بقيمته وله أن يختاره لكنه يكون تبرعاً منه ، وللبائع حينئذ الزامه بالباقي لكونه بالصفة التي لزمته بالعقد .

وبهذا التحقيق يظهر لك عدم الفرق بين العبيد وغيرها كالثياب ، أوكون المدفوع للخيار اثنين أواكثر وحصول التلف بالاباق وغيره .

قوله: ولوابتاع عبداً من عبدين لم يصح ، وحكى الشيخ فى الخلاف الجواز .

(التاسعة) اذا وطىء أحد الشركين الامة سقط عنه من الحد ما قابل نصيبه وحد بالباقي مع انتفاء الشبهة.

ثم ان حملت قومت عليه حصص الشركاء.

وقيل: تقوم بمجرد الوطء وينعقد الولد حراً.

وعلى الواطىء قيمة حصص الشركاء منه عند الولادة.

انما لم يصح ذلك لانه مجهول، وبه قال الشيخ في الخلاف في باب السلم وحكى في موضع آخر منه جوازه.

قيل انه استخراج من الرواية المذكورة. وليس بشيء، لانه ليست صريحة فيه.

قال العلامة: ويمكن القول بجواز ذلك اذا كانا متساويين من كل وجه، فانه لااستبعاد في بيع أحدهما لابعينه، كما لو باعه قفيزاً من الصبرة.

قلت: الاستبعاد في وقوع هذا الفرض لافي البيع على تقدير وقوع الفرض فانه جائز على الثاني.

قوله: وقيل تقوم بمجرد الوطى

قاله الشيخ في النهاية[1] استناداً الى رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام[2] ومضمونها أن عليه اكثر الامرين من قيمتها يوم التقويم وثمنها الاصلي.

وقال ابن ادريس: الصحيح أنه لايلزم مع عدم الحبل الابعض الحد وبعض أرش البكارة ان كانت بكراً والا فلاارش ولامهر الاأن تكون مكرهة فيلزمه قدر

---

١) النهاية: ٤١٠.

٢) التهذيب ٧/٧٢، الكافي ٥/٢١٧.

(العاشرة) المملوكان المأذون لهما فى التجارة اذا ابتاع كل منهما صاحبه حكم للسابق .

ولو اشتبه مسحت الطريق وحكم للاقرب .

فان اتفقا بطل العقدان . وفى رواية يقرع بينهما .

حصص الشركاء منه ومع الاحبال يلزمه حصتهم يوم جني عليها .

واختاره المصنف عملا بأصالة البراءة ، وبأن التقويم على خلاف الاصل ترك العمل به في صورة الاحبال فبقي معمولا به في غيرها . نعم لو كانت بكراً لزمه الارش ، وهو مابين القيمتين .

وقال العلامة ـ ونعم ما قال ـ يلزمه أعلى القيم من حين الاحبال الى حين التقويم، وقيمة الولد يوم سقوطه حياً ان لم تقوم عليه حبلى، والمهر مع الاكراه ولا يدخل فيه أرش البكارة بل يلزم الامران ، ثم انه يسقط من ذلك كله قدر نصيب الواطئ. ولو أراد بعض الشركاء أخذها بقيمتها فله ذلك الا مع الاحبال، فانه صارت أم ولد .

قوله: المملوكان المأذون لهما فى التجارة اذا ابتاع كل منهما صاحبه حكم للسابق ، ولو اشتبه مسحت الطريق وحكم للاقرب ، فان اتفقا بطل العقدان ، وفى رواية يقرع بينهما

كون الحكم للسابق ومع الاشتباه بمسح الطريق رواه ابو خديجة عن الصادق عليه السلام[1] وأما رواية القرعة بينهما[2] فهي مرسلة ذكرها الشيخ في التهذيب وعمل بها في النهاية والاستبصار على تقدير اتفاق العقدين .

---

١) التهذيب ٧٢/٧ ، الاستبصار ٨٢/٣ ، الكافى ٢١٨/٥ وفيه « ابوسلمة » بدل « ابى خديجة » .

٢) الكافى ٢١٨/٥ ، التهذيب ٧٣/٧ ، الوسائل ٤٦/١٣ .

وأما المصنف وابن ادريس فحكما ببطلان العقدين على تقدير اتفاقهما ، اذ القرعة فيما تستعمل في ما يمكن وقوعه صحيحاً، وعلى تقدير اقترانهما لايمكن صحتهما والا لتناقضا ، ولاصحة أحدهما والا لزم الترجيح من غير مرجح ، فلم يبق الا بطلانهما .

وأجاب المصنف عن هذا في النكت لجواز ترجيح أحدهما في نظر الشرع فيقرع .

قال الشهيد : وهذا يشكل بأن التكليف منوط بأسبابه الظاهرة والا لزم التكليف بالمحال، وليس كالقرعة في العبيد ، لان الوصية بالعتق بل نفس العتق قابل للابهام ، بخلاف البيع وسائر المعاوضات[1].

وقال العلامة في المختلف : التحقيق أن نقول : ان اشتبه السبق أو السابق حكم بالقرعة ، وان علم الاقتران ـ بأن قد اشترى كل واحد منهم لنفسه وقلنا انه يملك ـ بطل العقدان ، وان قلنا انه لايملك وان كلا منهما اشتراه لمولاه فان كانا وكيلين صح العقدان وكان كل واحد منهما عبداً لمولى الآخر ، وان كانا مأذونين فالاقرب ايقاف العقدين على الاجازة، فان اجاز المولبان صح العقدان وانتقل كل واحد منهما الى مولى الاخر ، لان كل واحد منهما قد بطل اذنه ببيع مولاه له ، فاذا اشترى الاخر لمولاه كان كالفضولي، وان فسخه المولبان بطلا[2] .

أقول : تظهر من كلامه رحمه الله فوائد في بعضها نظر :

(الاولى) ان السابق بالعقد يصح عقده وان المسبوق يبطل عقده .

وفيه نظر ، لانه لانسلم أن المسبوق يبطل عقده مطلقاً ، بل اذا اشترى كل

---

١) قاله الشهيد في الدروس :

٢) المختلف ٢/٢٠٥ .

منهما لنفسه وقلنا العبد لايملك ، اما اذا اشتريا للموليين فان عقدالسابق يصح مطلقاً وعقد المسبوق يكون موقوفاً على اجازة مولاه كما حكم به في الاقتران وكذا نقول اذا اشترى أحدهما لنفسه والاخر لمولاه وقلنا العبد لايملك ، فان السابق اذا اشترى لنفسه يبطل عقده والمسبوق اذا اشترى لمولاه يصح عقده .

(الثانية) حكمه أن مع اشتباه السبق أوالسابق يحكم بالقرعة يستلزم طرح رواية المساحة بالكلية .

وفيه نظر ، لانها مع دلالتها على السبق لاوجه للقرعة ، كما اذا كان طريق أسرعهما عدواً أقصر أومساوياً أوتساويا عدواً وتفاوتا طريقاً ، فانه يتعين العمل بها، وأما مع عدم دلالتها - بأن يكون طريق أسرعهما عدواً أطول وطريق ابطأهما أقصر - فلاشك أن العمل بالقرعة أولى هنا .

(الثالثة) فرقه بين كونهما وكيلين أومأذونين وان الثاني يتوقف على الاجازة دون الاول . مشكل فان الاقتران ان اقتضى بطلان الاذن فليقتض بطلان الوكالة وان لم يقتض لم يقتض بطلان الوكالة .

ويمكن أن يجاب عن هذا بأن العادة جارية باختصاص الاذن بالمملوك ، أما الوكالة فلالجوازها لعبد غيره .

(الرابع) انه لم يذكر حكم مالو كان أحدهما وكيلا والاخر مأذوناً ، فنقول حكمه على ما ذكر صحة شراء الوكيل مطلقاً ، وأما المأذن فان تقدم شراؤه للاخر على شراء الاخر له صح والا بطل .

وفيه نظر ، بل يكون موقوفاً على الاجازة كما قلناه .

الفصل الثامن

(فى السلف)

وهو ابتياع مضمون الى أجل بمال حاضر أو فى حكمه .

قوله : وهوابتياع مضمون الى أجل بمال حاضراوفى حكمه

الابتياع كالجنس، وبقوله « مضمون » يخرج ابتياع عين حاضرة ، ومراده ابتياع شيء مضمون ، حذف الموصوف وأقام الصفة مكانه، وهومجرور باضافة ابتياع اليه . وكان ينبغي أن يقول « مضمون في الذمة » ، اذ كل مبيع مضمون على بائعه حتى يسلمه .

وقوله « الى أجل » يخرج بيع الموصوف في الذمة حالا ، فانه لايسمى سلفاً .

وقوله «بمال حاضر» يخرج بيع الكالي بالكالي .

وقوله « أوفي حكمه » ليشتمل المنفعة لوجعلت ثمناً فانها ليست حاضرة وقت العقد ، وكذا يشتمل مالا غائباً عن المجلس ثم أحضر وقبض ، وكذا ما كان ديناً على البائع على خلاف فيه . ولم يقيد المبيع والثمن بالمعلومية اعتماداً على ما سبق في عقد البيع .

نعم يرد عليه ذكر معلومية الاجل، وكذا يرد أنه جعله صفة للمشتري ، ولو قال « وهو عقد على مضمون في الذمة موصوف بمال معلوم مقبوض في المجلس الى أجل معلوم » كان أجود .

ويسمى هذا العقد سلفاً وسلماً وعينة[1] ، وهومشروع بالنص والاجماع .

وهنا فوائد :

(الاولى) ايجاب هـذا العقد يصدر من كل من المتعاقدين ويقبل الاخر ، فايجاب المسلم « أسلمت اليك » و« أسلفتك كذا في كذا » وايجاب المسلم اليه اما لفظ « البيع » أو « التمليك » كما تقدم أو « استسلفت » أو« استسلمت فيك في كذا » ، فيقول الاخر « قبلت » وشبهه [مثل رضيت] .

(الثانية) لوعري عن ذكر الاجل قال الشيخ في النهاية يبطل ، محتجاً برواية ابن عباس عنه صلى الله عليه وآله : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى اجل معلوم[2] .

وأجيب بالقول بموجبه ، ولا يلزم من بطلان السلم بطلان مطلق البيع ، فيصح حينئذ بيعاً لاسلماً . وقال في الخلاف : يصح ويلزم التسليم حالا ويكون

---

١) في القاموس : عين التاجر اى باع سلعة بثمن الى اجل ثم اشتراها منه بأقل من ذلك الثمن .

وفي مجمع البحرين : العينة بالكسر السلعة وقد جاء ذكرها في الحديث ، واختلف في تفسيرها ، فقال ابن ادريس في السرائر : معناها في الشريعة هو أن يشترى سلعة بثمن مؤجل ثم يبيعها بدون ذلك الثمن نقداً ليقضي ديناً عليه لمن حل له عليه ، ويكون الدين الثاني وهو العينية من صاحب الدين الاول مأخوذ من ذلك العين وهو النقد الحاضر .

وفي المصباح : العينة بالكسر ، وفسرها الفقهاء بأن يبيع الرجل متاعه الى اجل ثم يشتريه في المجلس بثمن حال ليسلم به من الربا ، وقيل لهذا البيع عينة لان مشترى السلعة الى اجل يأخذ بدلها عيناً أى نقداً حاضراً .

٢) سنن الترمذى ٦٠٢/٣ ، شرح الكرمانى للبخارى ٨٥/١٠ ، سنن ابن ماجة ٧٦٥/٢ .

بيعاً مطلقاً[١]. واختاره ابن ادريس والعلامة، وعليه الفتوى لاصالة الصحة ولرواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام[٢].

(الثالثة) لاحد للاجل قلة وكثرة بل ما تراضيا عليه مع معلوميته. وقال ابن الجنيد لايجوز أقل من ثلاثة أيام ولاثلاثة سنين فصاعداً، فأقله عنده يومان وأكثره سنتان ان قيد بالسنين، ويجوز عنده سنتين وأشهراً. والاجماع والروايات على خلافه.

(الرابعة) قال الشيخ لو جعل محله في يوم كذا أوفي شهر كذا أوفي سنة كذا جاز ولزمه بدخول اليوم والشهر والسنة.

قال العلامة: فيه نظر، من حيث أنه جعل الأجل مدة الشهر أومدة السنة ولم يعينا جزءاً مضبوطاً، فكان البطلان أقرب.

وفي نظره نظر، اذ قول الشيخ لايخلو من قوة، فانه فسر مراده بالاجل بقوله «ولزمه بدخول اليوم»، الا أن يكون قصدهما ما ذكره العلامة فيبطل.

(الخامسة) قال في الخلاف: من شرائطه ذكر موضع التسليم، وقال في المبسوط لايجب الا اذا كان لحمله مؤنة، وتبعه ابن حمزة وقال الحسن وفي النهاية ليس بشرط، واختاره العجلي وادعى عليه الاجماع ونسب قوله في الخلاف الى الشافعي وانه لم يقل به أحد منا ولاورد به حديث.

والحق التفصيل، وهو أنه ان وقع العقد في موضع قصدهما مفارقته كبرية

---

١) قال في الخلاف: السلم لايكون الا مؤجلا ولا يصح ان يكون حالا قصر الاجل ام طال ـ انتهى. وليس فيه ما نقله الشارح عنه.

وقال العلامة في المختلف بعد نقل هذا القول عن الخلاف: والتحقيق أن نقول ان قصد السلم وجب الاجل، اما لو قصد الحال مثل ان يقول «اسلمت اليك هذا الدينار في هذا الكتاب او في قفيز حنطة» فالاقرب الصحة وينعقد بيعاً لا سلماً.

٢) اخرجه الفقيه، انظر روضة المتقين ٢٢٨/٧، الوسائل ٧٥/١٣.

والنظر فى شروطه وأحكامه ولواحقه .

الاولى ـ الشروط . وهى خمسة : ـ

(الاول) ذكر الجنس والوصف .

فلا يصح فيما لايضبطه الوصف كاللحم والخبز والجلود .

ويجوز فى الامتعة والحيوان والحبوب وكل مايمكن ضبطه .

(الثانـى) قبض رأس المـال قبل التفرق ، ولو قبض بعض الثمن ثم افترقا صح فى المقبوض .

أوبلد غربة فلابد من ذكره ، والابطل لعـدم أولوية بعض الامكنة دون بعض ، ولادائـه الى النزاع لولم يذكر ، لانه ربمـا يؤدي الى مؤنة حمل أوخوف في الطريق .

قوله : وكل ما يمكن ضبطه

يريد به من الامتعة لامطلقاً ، فانه لايجوزفي النقدين وان ضبطا، ولهذا يجوز اسلاف الاعراض بعضها في بعض واسلاف الاعراض في النقود وبالعكس ، ولايجوز النقد في مثله .

ومنع الحسن من اسلاف غيرالنقدين ، وكذا منع ابن الجنيد من عرض في عرض اذاكانا مكيلين أوموزونين أومعدودين كالسمن في الزيت، ومنع أيضاً من اسلاف الجارية . والكل ضعيف .

قوله : الثانى قبض رأس المال قبل التفرق(1)

---

1) قال فى الخلاف : من شرط صحة السلم قبض راس المال قبل التفرق . وقال : دليلنا انا اجمعنا على انه من قبض الثمن صح العقد ولم يدل دليل على صحته قبل قبض الثمن فوجب اعتبار ما قلناه .

ولو كان الثمن ديناً على البائع صح على الاشبه لكنه يكره .

(الثالث) تقدير المبيع بالكيل أو الوزن ،ولا يكفي العدد ولو كان مما يعد، ولايصح في القصب أطناناً ولا في الحطب حزماً ولا في الماء قرباً .

وكذا يشترط التقدير في الثمن ،وقيل : تكفي المشاهدة .

هذا هوالمشهور بين الاصحاب، وقال ابن الجنيد لااختار تأخرقبضه اكثر من ثلاثة أيام . وهذا يدل على أنه يجوز تأخيره .

وتوقف صاحب البشرى، ولعله لعدم نص صريح يدل عليه، مع أن الاصل عدم الوجوب ، والعمل على المشهور .

قوله : ولوكان الثمن ديناً على البائع صح على الاشبه لكنه يكره

الصحة قول الشيخ ، لانه كالمقبوض ، ومنعه ابن ادريس محتجاً بأنه بيع دين بدين . وهو غيرصواب ، لان المبيع انما يصيرديناً بعد البيع لاقبله . نعم يكره لانه يشبه بيع الدين بالدين .

قوله : وقيل تكفي المشاهدة

الثمن اما أن يكون من شأنه الاعتبار بكيل أووزن أوغيرذلك عرفاً أولا ، والثاني لاخلاف في الاكتفاء بالمشاهدة فيه ، وأما الاول ففيه خلاف ، والقائل هو المرتضى محتجاً بقوله صلى الله عليه وآله وسلم في رواية ابن عباس عنه : من أسلف فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم[1] . ولم يذكر تقدير الثمن . فلوكان شرطاً لذكره كما ذكر غيره .

---

١) سنن الترمذي ٣/٦٠٢ ، سنن ابن ماجة ٢/٧٦٥ ، شرح الكرماني لصحيح البخاري ١٠/٨٥ .

(الرابع) تعيين الاجل بما يرفع احتمال الزيادة والنقصان .

(الخامس) أن يكون وجوده غالباً وقت حلـوله ، ولو كان معدوماً وقت العقد .

(الثانى) فى أحكامه . وهى خمسة مسائل :

الاولى ـ لايجوز بيع السلم قبل حلوله ويجوز بعده وان لم يقبضه، على كراهية فى الطعام على من هو عليه وعلى غيره .

وأجيب بأنه « ص » نهى عن الغرر قبل ذلك ، ولاشك أن عـدم تقدير الثمن غرر .

وتوقف العلامة في الاكتفاء بها في المذروع، وقطع الشيخ باشتراط ذرعه وفيه نظرمن حيث عدم الاشتراط في بيعه وكذا هنا .

قوله : لايجوز بيع السلم قبل حلوله ويجوز بعده وان لم يقبضه على كراهية فى الطعام على من هوعليه وعلى غيره

نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عـن بيع السلم قبـل حلوله ، والمراد بيع المسلم فيه ، سماه سلماً تسمية الشيء بالمصدر . وانعقد الاجماع على ذلك .

وأما بعد حلوله : فأما مع قبضه فيصح اجماعاً ، وأما مع عدم قبضه فيصح على من هوعليه اجماعاً ، وأما على غيره ففيه خلاف: قال الشيخ يصح ، ومنعه ابن ادريس محتجاً بأنه مجهول لانـه ليس بحاضر ولا يعرفه البائع حتى يبيعه بالوصف .

وهذاكلام في غاية السقوط، لان المشتري لابدأن يكون قداشتراه بالوصف والا لماصح بيعه، وحينئذ يبيعه بذلك الوصف، وهو المطلوب. وقد تقدم البحث

وكذا يجوز بيع بعضه وتولية بعضه . وكذا بيع الدين .

فان باعه بما هو حاضر صح . وكذا ان باعه بمضمون حال .

ولو شرط تأجيل الثمن قيل : يحرم . لانه بيع دين بدين .

وقيل يكره ، وهو الاشبه .

أما لو باع ديناً في ذمة زيد ، بدين المشتري في ذمة عمرو فلا يجوز لانه بيع دين بدين .

الثانية ـ اذا دفع دون الصفة وبرضى المسلم صح .

في بيع مالم يقبض فلاوجه لاعادته .

قوله : وكذا بيع الدين ، فان باعه بما هوحاضر صح وكذا ان باعه بمضمون حال ، ولوشرط تأجيل الثمن قيل يحرم لانه بيع دين بدين ، وقيل يكره وهو الاشبه

المشهورأن الدين المؤجل لايجوز بيعه قبل حلوله مطلقاً . قال ابن ادريس لاخلاف في تحريم بيعه على من هوعليه ويلزمه بطريق التنبيه تحريم بيعه على غيره بطريق الاولى .

وجوز العلامة بيعه على من هوعليه فيباع بالحال لابالمؤجل .

أما الدين الحال فيجوز بيعه بالعين الحاضرة وكذا بالدين الحال ، وهو الذي أشاراليه المصنف بقوله «بمضمون حال» ، أمابيعه بالمؤجل ففيه القولان المشاراليهما ، والاول قول ابن ادريس وهو التحريم ، والثاني قول الشيخ واختاره المصنف ، لاصالة الصحة وضعف حجة ابن ادريس كما مثله في بيع الدين بالدين . نعم يكره ذلك لشبهه ببيع الدين بالدين .

ولو دفع بالصفة وجب القبول، وكذا لو دفع فوق الصفة ، ولا كذا لو دفع أكثر .

الثالثة ــ اذا تعذر عند الحلول أو انقطع فطالب ، كان مخيراً بين الفسخ والصبر .

قوله : ولا كذا لو دفع اكثر

الفرق بين وجوب قبول الاجود وعدم وجوب قبول الاكثر أن الزيادة العينية تحتاج في تملكها الى عقد غير العقد الواقع على الناقص ولايجب قبوله ، ولانه اما بعوض أو بغير عوض، والاول معاوضة جديدة وليس البحث فيها ، والثاني يكون هبة فيحتاج الى عقد الهبة ، فان فعل فهو تملك بعقد ولايجب قبوله أيضاً ولاشتماله على المنة وان لم يفعل كان اباحة ولايجب قبولها أيضاً ، ولاشتمالها على المنة .

وأما الزيادة في الصفة فلايحتاج الى عقد، بل هى تابعة للعقد الاول والمدفوع جزء من جزئيات ماوقع عليه العقد اذا لم يشتمل على نقص يجب قبولها بدفع البائع فمن ثم وقع الفرق .

قوله : اذا تعذر عند الحلول او انقطع فطالب كان مخيراً بين الفسخ والصبر .

هذا قول الشيخ معتمداً على روايتي عبدالله بن سنان في الحسن عن الصادق عليه السلام[1] وعبدالله بن بكير في الصحيح عنه عليه السلام أيضاً[2].

نعم لاينفسخ العقد بمجرد التعذر، لاصالة بقائه على ماكان ولان تناول التسليم

---

١) الكافى ١٨٥/٥ ، التهذيب ٢٨/٧ ، الوسائل ٦٨/١٣ .

٢) التهذيب ٣١/٧ ، الاستبصار ٧٤/٣ ، الوسائل ٧٢/١٣ .

هذه السنة لقضية الاجل وانما مورد العقد ما في الذمة، وانما حصل الخيار لمكان التعذر حذراً من الضرر المنفي بالحديث .

وقال ابن ادريس لاخيار، محتجاً بأن العقد ثابت ففسخه يحتاج الى دليل وبقوله تعالى « أوفوا بالعقود »[١].

والجواب قد بينا ذلك .

وهنا فوائد :

(الاولى) الخيار هنا ليس على الفور، لان تأخيره انتظار وتأجيل، والاجل لا يلحق بعد العقد، بخلاف خيار الغبن كما تقدم . نعم لو صرح بالامهال يبطل خياره؟ نظير من تجدد حقه حالاً فحالاً فهو كخيار المولى منها ولانها كتأخير الدين المؤجل ، ومن أن الامهال أحد قسمي ما خير فيه وقد ارتضاه، فيلزم اما لو صرح بابطال خياره فانه يبطل بطريق الاولى .

(الثانية) لو مات المسلم اليه قبل وجود المسلم فيه كان الخيار ثابتاً لحلول الدين بموت من عليه .

(الثالثة) انه مع الفسخ يرجع الى الثمن الذي وقع عليه العقد لاغيره من القيمة الزائدة فيما بعده .

(الرابعة) لو علم الانقطاع قبل الاجل هـل له الخيار والحالة هذه أم لا ؟ وجهان : من العلم لحصول العلة الموجبة للتخيير فيثبت، ومن عدم استحقاق المطالبة حينئذ .

(الخامسة) لو كان يوجد في بلد آخر لم يجب نقله لامع المشقة ولامع عدمها اذا كان قد عين البلد والا وجب .

(السادسة) لو عاوض المستحق لمن هو عليه عن حقه بعد انقطاعه جاز بغير

---

١) سورة المائدة : ١ .

الرابعة ـ اذا دفع من غير الجنس ورضى الغريم ولم يساعره، احتسب بقيمة يوم الاقباض.

الخامسة ـ عقد السلف قابل لاشتراط ما هو معلوم.

فلا يبطل باشتراط بيع، أو هبة، أو عمل محال، أو صنعة.

ولو أسلف في غنم وشرط أصواف نعجات بعينها قيل: يصح. والاشبه: المنع، للجهالة.

الجنس مطلقاً، أما بالجنس فمع التساوي يجوز، ومع عدمه خلاف منعه الشيخ محتجاً بالروايات، وجوزه المفيد والحليون للاصل وعدم ما يدل على المنع اذ المبيع هو السلعة الثابتة في ذمة البائع لا الثمن، فلا يكون ربا. وتؤيده رواية ابن ابي عمير عن الصادق عليه السلام مرسلا[1]، وحملوا الاول على الكراهية.

(السابعة) لو تعذر البعض قبض الموجود وتخير في الباقي وطالب بحصته من الثمن لو فسخ، وهل للمسلم اليه حينئذ خيار؟ يحتمل ذلك لتبعض الصفقة عليه، أما لو كان التعذر بتفريطه فلاخيار له.

قوله: ولو اسلف في غنم وشرط أصواف نعجات بعينها قيل يصح والاشبه المنع للجهالة

القائل بالصحة الشيخ، ويكون الصوف شرطاً لامعقوداً عليه، فان المعقود عليه لايكون الا ديناً. ولو كان جزء من المبيع جاز أيضاً وتكفي مشاهدته ويكون العقد مشتملا على بيع وسلف ان شرط الاجل في الجزء الاخر.

وابن ادريس منع ذلك، واختاره المصنف وعلله بالجهالة لكون الصوف

1) الكافي ١٨٥/٥، التهذيب ٣٠/٧، الوسائل ٦٩/١٣، الاستبصار ٧٥/٣.

ولو شرط ثوباً من غـزل امرأة معينة أوغلة من قراح بعينه لم يضمن .

النظر الثالث : فى لواحقه وهى قسمان :

(الاول) فى دين المملوك ، وليس له ذلك الا مع الاذن ، ولو بادر لزم ذمته يتبع به اذا أعتق ولا يلزم المولى .

ولو أذن له المولى لزمه دون المملوك ان استبقاه أو باعه .

ولو أعتقه فروايتـان : احداهما يسعى فى الدين ، والاخرى لايسقط عن ذمة المولى وهو الاشهر .

مجهولا ، وقد تقدم بطلان قولهما .

قوله : ولوشرط ثوباً من غزل امرأة معينة أوغلة مـن قراح[1] بعينه لم يضمن

من شرائط صحة عقدالسلم استناد المسلم فيه الى مالايحيل عادة، فلواستنده الى قراح بعينه أوبستان بعينه أوقرية قليلة الزرع بطل العقد . ولا كذا لواستنده الى رستاق كبير ، فانه يصح .

وقول المصنف «لم يضمن» يدل على أنه صحيح لكنه غيرلازم للمسلم اليه وليس بشيء ، بل الأجود ما ذكرناه .

قوله: ولواعتقه فروايتان احداهما يسعى فى الدين والاخرى لايسقط عن ذمة المولى ، وهوالاشهر

أمارواية السعي فعن عجلان عن الصادق عليه السلام[2] ومثلهارواية الاكفاني

---

1) القراح : المزرعة التى ليس فيها بناء ولا شجر، والجمع اقرحة .

2) التهذيب ٢٤٨/٨ .

عنه عليه السلام[1] أيضاً . وعمل على ذلك الشيخ في النهاية[2].

وأماروابة لزوم المولى فلم نقف عليها بخصوصها، لكنه فتوى الشيخ في الاستبصار[3] ، واختاره ابن حمزة وابن ادريس. نعم روى ابوبصيرعن الباقر عليه السلام قال : قلت له : الرجل يأذن لمملوكه في التجارة فيصيرعليه دين . قال : ان كان أذن له أن يستدين فالدين على مولاه ، وان لم يكن أذن لـه أن يستدين فلاشيء على المولى ويستسعى العبد في الدين[4] فان كان اشارة المصنف الى هذه ففيه نظر ، لانه تقرر في الاصول تخصيص المطلق بالمقيد اذا تعارضا ويعمل بالمقيد ، فوجب حمل رواية ابى بصير على ما عدا العتق .

قال ابن ادريس : اذنه له في الاستدانة جارمجرى التوكيل ، ولاكلام أن الوكيل في الاستدانة لايلزمه الدين .

قال العلامة في المختلف : محل الخلاف اذا استدان العبد لنفسه لالمولاه وأما اذا استدان لمولاه فلاخلاف في أنه لازم لمولاه . واختارفيه قول الشيخ في النهاية عملابرواية عجلان .

وحمل الشيخ في الاستبصار رواية عجلان والاكفاني على عدم الاذن في الاستدانة ، وحينئذ تكون رواية ابى بصيرمؤيدة لذلك . وبالجملة في المسألة اشكال من اذن السيد في الاستدانة المقتضي للزوم الدين له عملابالاصل، ومن روايتى عجلان وأختها .

---

١) الكافى ٣٠٣/٥ ، التهذيب ١٩٩/٦ .

٢) فى النهاية ٣١١: وان كان مأذوناً له فىالاستدانة لزم مولاه ماعليه من الدين ان استبقاه مملوكاً او أراد بيعه ، فان اعتقه لم يلزمه شيء مما عليه وكان المال فىذمة العبد .

٣) فى الاستبصار ١١/٣ : انما يلزم المولى او ورثته دين العبد اذاكان قد اذن له فى الاستدانة فاما اذا لم يكن اذن له فى اكثرمن الشراء والبيع فلا يلزمه ذلك .

٤) الكافى ٣٠٣/٥ ، التهذيب ٢٠٠/٦ ، الاستبصار ١١/٣ .

ولو مات المولى كان الدين في تركته .

ولو كان له غرماء كان غريم المملوك كأحدهم .

ولو كان مأذوناً في التجارة فاستدان لم يلزم المولى .

وهل يسعى العبد فيه ؟ قيل : نعم . وقيل : يتبع به اذا اعتق وهو الاشبه .

قوله : ولو كان ماذونا في التجارة فاستدان لم يلزم المولى ، وهل يسعى فيه العبد ؟ قيل نعم ، وقيل يتبع به اذا اعتق ، وهواشبه

الاول قوله في النهاية[1] والثاني في المبسوط والخلاف ، وبه قال التقي والعجلي ، وقال ابن حمزة ان علم أن الدين ليس باذن المولى فهولازم للعبد يتبع به وان لم يعلم يستسعى العبد .

وقال العلامة[2] ان استدان لضروريات التجارة لزم المولى والالزم العبد ويتبع به بعد العتق .

قيل عليه : ان الاذن في التجارة ان استلزم الاذن في الاستدانة لضرورياتها فهوخلاف الغرض ، لان الغرض أنه غيرمأذون في الاستدانة ، وان لم يستلزم فلانسلم أنه يلزم المولى حينئذ ، لانه نفس المتنازع .

قلت : محل النزاع هوعدم حصول الاذن صريحاً لا عدم حصوله مطلقاً ، وبينهما فرق .

---

١) قال في النهاية ٣١١ : وان كان مأذوناً له في التجارة ولم يكن مأذوناً له في الاستدانة فما يحصل عليه من الدين استسعى فيه ولم يلزم مولاه من ذلك شيء .

٢) قال في المختلف في كتاب الديون : والمعتمد ان نقول ان استدان لمصلحة التجارة لزم المولى اداءه كالاجنبي وان لم يكن لمصلحتها لم يلزم مولاه منه شيء ويتبع به بعد العتق عملا باصالة براءة ذمة المولى ولانه فعل غير مأذون فيه .

القسم الثاني ـ في القرض .

وفيه أجر ينشأ من معونة المحتاج تطوعاً .

قوله : وفيه أجرينشا من معونة المحتاج تطوعاً

لاشك أن القرض من المروة والمعروف ومن التعاون على البر ، وقال تعالى « وتعاونوا على البر والتقوى »[1] . وسماه الصادق عليه السلام معروفاً[2] .

وهو أفضل من الصدقة العامة، ففي الحديث عنه صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : رأيت على باب الجنة مكتوباً الصدقة بعشرة والقرض بثمانية عشر[3] وعلل ذلك بأن القرض يرد فيقرض دائماً ، والصدقة ينقطع .

ويحتمل عندي وجه آخر ، وهو أن القرض أعم نفعاً ، لان كثيراً من يرى قبول القرض ولايقبل الصدقة . وأيضاً أنه يكون للغني والفقير والصدقة غالباً لا تكون الا للفقير .

ان قلت : قدورد في الحديث ان القرض مرتين بمثابة الصدقة مرة ، وهو خلاف ما تقدم .

قلت : يمكن حمل الصدقة هنا على الخاصة كالصدقة على الأرحام والعلماء والاموات ، فان الاولى بأربعة وعشرين والثانية بسبعين والثالثة بسبعمائة كما ورد في الرواية .

---

١) سورة المائدة : ٢ .

٢) البحار ١٠٣/١٤٠ ، تفسير العياشى ١/٢٧٥ .

٣) البحار ١٠٣/١٣٩ .

ويجب الاقتصار على العوض ولو شرط النفع ولو زيادة فى الصفة حرم .

نعم لو تبرع المقترض بزيادة فى العين أو الصفة لم يحرم .

قوله : ويجب الاقتصار على العوض ولوشرط النفع ولو بزيادة ١) الوصف حرم

يريد بالعوض المثل من غير زيادة ، سواء كانت عيناً أوصفة : أما العين فلانه الربا بعينه ، وأما الصفة فللنهي عن القرض اذا جرنفعاً . وقال صلى الله عليه وآله وسلم : اذا جرالقرض نفعاً فهوربا[٢].

وهنا مسائل :

(الاولى) اذا جعل القرض شرطاً في البيع أوغيره ولم يشمل على محاباة فليس بحرام ، أما مع المحاباة فتردد المصنف في ذلك في بعض تصانيفه . وللعلامة قولان بمنعه لوشرط عليه رهناً بدين آخر أو كفيلا أو بيعاً أو اجارة بدون عوض المثل ، وللمصنف والعلامة في ذلك كلام واحتجاج من الطرفين لايحسن ذكره هنا لطوله .

(الثانية) قال الشيخ في النهاية والتقي والقاضي بجواز اشتراط اعطاء الصحاح بدل المكسرة والغلة [أي الدراهم العتيقة] بدل الجديد، محتجين برواية يعقوب ابن شعيب عن الصادق عليه السلام : الرجل يقرض الرجل الدراهم الغلة فيأخذ منه الدراهم الطازجة بطيب نفس منه . قال : لابأس[٣].

ومنع ذلك ابن ادريس والمصنف والعلامة، لرواية الحلبي في الحسن عن

---

١) في المختصر النافع : ولو زيادة في الصفة حرم .

٢) المستدرك ٤٩٢/٢ ، الجامع الصغير ٩٤/٢ .

٣) التهذيب ٢٠١/٦ ، الكافي ٢٥٤/٥ .

ويقترض الذهب والفضة وزناً ، والحبوب كالحنطة والشعير كيلا ووزناً ، والخبز وزناً وعدداً .

الصادق عليه السلام: اذا اقرضت الدراهم ثم أتاك بخير منها فلابأس ان لم يكن بينكما شرط[1].

والجواب عن رواية ابن شعيب القول بموجبها ، اذ ليس فيها ذكر الشرط وكذا في روايته عن الصادق عليه السلام: خير القرض ما جرنفعاً، بأنه محمول على المتبرع به .

(الثالثة) لو أسقط السلطان الدراهم المقترضة وأجرى غيرها ، قال الشيخ والقاضي والعجلي ليس له الا الاولى ، لرواية يونس صحيحاً عن الرضا عليه السلام[2] ، وقال الصدوق في المقنع له الجائز بين الناس[3] لرواية محمد بن عيسى عن يونس عن الرضا عليه السلام[4].

والاقوى الاول ، وان تعذر فقيمتها من غير الجنس حذراً من الربا، ويكون ذلك وقت الدفع لا وقت التعذر أو القرض .

وقال الشيخ في النهاية وقت القرض . وفيه نظر ، لان الثابت في الذمة في المثلي المثل ولا ينتقل الى قيمته الا وقت تعذره .

قوله : والخبز وزناً وعدداً

هذا بشرط أن لا يتفاوت ، ومع التفاوت فلابد من الوزن .

---

١) التهذيب ٦ / ٢٠١ ، الكافي ٥ / ٢٥٤ .

٢) التهذيب ٧ / ١١٧ ، الاستبصار ٣ / ٩٩ .

٣) قال فيه ١٢٤ : فان استقرضت من رجل دراهم ثم سقطت تلك الدراهم وتغيرت ولا يباع بها شيء فلصاحب الدراهم الدراهم التي تجوز بين الناس .

٤) التهذيب ٧ / ١١٦ ، الكافي ٥ / ٢٥٢ ، الاستبصار ٣ / ١٠٠ .

ويملك الشيء المقترض بالقبض، ولايلزم اشتراط الاجل فيه. ولا يتأجل الدين الحال مهراً كان أو غيره.

فلو غاب صاحب الدين غيبة منقطعة نوى المستـدين قضاءه وعزله عند وفاته موصياً به.

قوله : ويملك الشيء المقترض بالقبض

خالف الشيخ في المبسوط والخلاف في ذلك، وقال لايملك الابالتصرف وهو ممنوع، لان اباحة التصرف فرع الملك، فلايكون الملك مشروطاً به والالزم الدور المحال.

ويتفرع على القولين أن له الامتناع من رد العين لو كانت موجودة بعينها، بل يدفع المثل في المثلي والقيمة في القيمي. ولورد العين في المثلي وجب القبول، أما لورد القيمي بعينه من غير تغيرنقص قال الشيخ يجب القبول. وفيه نظر، اذ الاصح أن اقراضه موجب لثبوت قيمته في ذمة المقترض، فالمدفوع ليس عين الحق فلايجب قبوله.

قال الشهيد يحتمل قبولها ان تساوت القيمة أوزادت وقت الرد، وان نقصت فلا. وفيه نظرينشأ من أنها ليست عين الحق. نعم ان قلنـا ان قرضه يوجب ثبوت مثله مشخصاً بصفاته الخاصة له وجب القبول.

قوله : ولايؤجل(1) الدين الحال مهراً كان أوغيره

هذا اذا لم يحصل أحد أمور : «1» اشتراط تأجيله في عقد لازم، «2» الايصاء بالصبر الى مدة معينة، «3» النذر أوالعهد أواليمين. فان الانظار طاعة فيلزم بأحد هذه الثلاثة.

---

1) في المختصر النافع : ولا يتأجل.

ولولم يعرفه اجتهد فى طلبه ، ومع اليأس قيل :يتصدق به عنه .

ولا يصح المضاربة بالدين حتى يقبض . ولو باع الذمى ما لا يملكه المسلم وقبض ثمنه جاز أن يقبضه المسلم عن حقه .

ولو أسلم الذمى قبل بيعه قيل يتولاه غيره ، وهوضعيف .

قوله : ومع اليأس قيل يتصدق به عنه

قاله الشيخ ، ولايعلم له مستند صريح في ذلك . وقال ابن ادريس اذا لم يعلم له وارثاً دفعه الى الحاكم ، فان قطع على أن لاوارث له كان للامام .

وهو الحق لكن على تقدير العلم بموته وعدم وارثه يكون للامام، أما اذا انتفى العلم بذلك فحفظه أولى حتى يظهر خبره أوخبر وارثه .

قوله : ولاتصح المضاربة بالدين

لان الدين لايتعين لصاحبه الابعد قبضه ، فقبل القبض يكون ماهية كلية . ومال المضاربة يجب أن يكون معيناً لتلحقه أحكام المضاربة من اشتراك النماء وكونه أمانة لاتضمن الابتعدأوبتفريط أوغير ذلك، فيصدق دليل هكذا : لاشيء من الدين قبل قبضه يتعين لمالكه، وكل مال مضاربةيجب تعيينه لمالكه، فلاشيء من الدين بمال مضاربة .

قوله : ولواسلم الذمى قبل بيعه قيل يتولاه غيره ، وهوضعيف

لانعلم القائل به، لكن للشيخ قول في النهاية أنه اذا مات الذمي وعليه دين وله خمرأوخنزير جاز أن يتولى بيعه من ليس بمسلم .

نعم روى في التهذيب رواية[1] مقطوعة تدل على ما قاله المصنف. والعمل بها باطل ، لانه لايخلو اما أن يخرج الخمر عن ملك الذمي باسلامه أولا ، فان

---

١) التهذيب ١٣٨/٧ ، الكافى ٢٣٢/٥ .

ولو كان لاثنين ديون فاقتسماها ، فما حصل لهما ، وما توى منهما .

كان الاول فلايجوز بيعه حياً وميتاً لابنفسه ولا بغيره، لان فعل الوكيل فعل الموكل وان كان الثاني جاز له بيعه بنفسه لكنه باطل اجماعاً .

قوله : ولو كان لاثنين ديون فاقتسماها فما حصل لهما وماتوى[1] منهما

لما كانت القسمة تمييز حقوق الملاك لم يكن لقسمة الديون أثر في الاستحقاق لعدم تعيين ما في الذمة فلاتمييز فيه . وحينئذ نقول: اذا دفع المديون الى أحدهما شيئاً فلايخلو اما أن يدفعه على أنه لهما أو على أنه من أصل الدين ويطلق أو يقول « هذا قدر نصيبك » ، فان كان الاولين فلايخلو اما أن يكون ذلك القابض وكيلا لشريكه في القبض فيقع القبض لهما أو لا يكون وكيلا ، فاما أن يقبضه كذلك فيقع القبض لنفسه بقدر حصته مشاعاً والباقي قبضه يتوقف على الاجازة فان اجاز الشريك أخذ حصته منه ، وان لم يجز كان الشريك مخيراً بين الرجوع على شريكه أو على الدافع ، ويكون ذلك القدر أمانة بيد القابض لانه وكيل للدافع في الايصال الى شريكه ، أو يقبضه لنفسه مضموناً عليه لانه يضمن بصحيحه فيضمن بفاسده، وان كان الثالث فاما أن يقبضه كذلك ـ أي لنفسه ـ فيقع صحيحاً في قدر حصته والباقي لشريكه المطالبة به أو يرجع على المديون بمقابله ولا يكون مضموناً على القابض ان كان الدافع عالماً بفساد القبض، وان كان جاهلا ضمن ، وان قبضه على أنه له ولشريكه [وكان] وكيلا وقع القبض موقعه ، وان لم يكن وأجاز الشريك فكذلك ، وان لم يجز كان مضموناً عليه ان جهل الدافع

---

[1]) التوى وزان الحصى وقد يمد : الهلاك .

والا فلا .

اذا عرفت هذا فلو أراد اختصاص كل واحد منهما بواحد من تلك الديون فلهما وسائل :

« ١ » ـ أن يصطلحا على اختصاص أحدهما بما على زيد والاخر بما على عمروعلى الاقرب .

« ٢ » ـ أن يبيع أحدهما الاخرسلعة بقدر حصته من الدين على زيد فيقبل ثم يبيع القابل عليه تلك السلعة بقدرحصته على عمروفيقبل، فيختص القابل الاول بما على زيد والثاني بما على عمرو .

« ٣ » ـ أن يبيع كل منهما حصته من الدين على صاحبه بمال معين أودين حال ويحيل به على الغريم الاخر .

« ٤ » ـ قـال العلامة ان يحيل كل منهما صاحبه بحصته ويقبل المدينان صح[١] .

وفيه نظر،لانه اذا لم يسبق دين فلا أثر له، لانه توكيل في المعنى، وان سبق دين فهو القسم الثالث .

وهذا البحث بطوله متفرع على قول الشيخ واتباعه من أنه اذا باع الشريكان سلعة فما قبض من الثمن لهما . وابن ادريس منع ذلك ، بل اذا قبض أحدهما حصته وقعت له كما لو أبرأ أووهب أوصالح، فان حقه يسقط ويبقى حق صاحبه .

قال العلامة: الفرق حاصل، فان ماذكره اسقاط بخلاف القبض فان المقبوض عين المال المشترك .

قوله : ولو بيع الدين بأقل منـه لم يلزم الغريم ان يدفع اكثر مما

١) راجع كتاب الدين من القواعد .

دفع على تردد

منشأه من قول الشيخ والقاضي بذلك، لرواية محمد بن الفضيل قال: قلت للرضا عليه السلام: رجل اشترى ديناً على رجل ثم ذهب الى صاحب الدين فقال له ادفع الي ما لفلان عليك فقد اشتريته منه . فقال : يدفع اليه قيمة ما دفع الى صاحب الدين وبرأ الذي عليه المال من جميع ما بقي عليه[1].

ومثله رواية ابى حمزة عن الباقر عليه السلام[2].

ومن قول ابن ادريس أن الدين ان كان ذهباً أو فضة فلايجوز أن يشتري بأقل منه من جنسه ، وكذا لايجوز بغير جنسه ، لأن التقابض في المجلس شرط في الاثمان ، وان كان الدين من غير الأثمان فلايتقدر فيه الاقلية والاكثرية . وأيضاً البيع ان كان صحيحاً فقد ملك المشتري جميع ما على المديون ، وان لم يكن صحيحاً لم يلزمه شيء مطلقاً .

واختار العلامة وجوب دفع المديون جميع ما عليه الى المشتري نظراً الى صحة البيع وأجاب عن الرواية بحمل البيع على الضمان مجازاً أو كونه فاسداً ، فلايجب على الغريم حينئذ أن يدفع الى المشتري الاما دفع الى البائع ويبرأ منه ويدفع الزائد الى البائع .

واستضعف شبهة ابن ادريس بأن الدين جاز أن يكون من الأثمان ويشتري بغيرها من الامتعة والعروض، وان كان من غيرها جاز أن يشتري بالذهب والفضة بلا خلاف فيه . ولا نسلم أن الاقلية والاكثرية لا يتقدران حينئذ بالنسبة الى القيمة .

---

١) الكافى ٥/١٠٠ ، التهذيب ٦/١٩١ .
٢) الكافى ٥/١٠٠ ، التهذيب ٦/١٨٩ .

خاتمة

أجرة الكيال ووزان المتاع على البائع .

وكـذا أجرة بائع الامتعة وأجـرة النـاقد ووزان الثمن على المشترى . وكذا أجرة مشترى الامتعة .

ولو تبرع الواسطة لم يستحق أجرة .

واذا جمع بين الابتياع والبيع فأجرة كل عمل على الامر به ، ولا يجمع بينهما لواحد .

أقول: في كلام العلامة جواباً عن الرواية نظر: بأن حمل البيع على الضمان على تقدير جوازه مجازاً لايوجب أن يدفع المديون ما عليه لا كله ولا بعضه ، لكونه ضماناً حصل بغيراذنه كما دلت عليه الرواية، وكذاعلى تقدير الفساد، فان المشتري العالم بالفساد أدى دينه بغيراذنه فليس له الرجوع عليه. نعم مع جهله له الرجوع على البائع ، ومع التعذر يأخذ من المديون قصاصاً قدر ما دفع .

وأما استضعافه للشبهة فجيد ، والاولى عندي حمل الرواية على أن البائع شرط على المشتري ابراء المديون من الزائد أوشرط عليه أخذ قيمة المدفوع ثمناً لاغير، والشرط أملك، وانما يتاع لنا هذا الحمل جمعاً بين عموم « وأحل الله البيع » المقتضي لنملك المبيع جملة وبين صحة الرواية القابلة للتأويل ، والشرط غيرممتنع حصوله . وهوأولى من حملها على الضمان أوالفساد .

قوله : ولو جمع[1] بين الابتياع والبيع فاجرة كل عمل على الامر به ولايجمع بينهما لواحد

---

[1]) في المختصر النافع : واذا جمع .

ولا يضمن الدلال ما يتلف في يده مالم يفرط .

ولواختلفا فى التفريط ولا بينة ، فالقول قول الدلال مع يمينه . وكذا لو اختلفا فى القيمة .

في بعض نسخ الكتاب «ولايجمع بينهما الواحد» أي لايجمع بين الشراء والبيع الشخص الواحد فيكون موجباً قابلا . والمشهور « لواحد » بغير الف، وله حينئذ تفسيران : أحدهما أنه لايجمع بين الاجرتين لشخص واحد، بمعنى أنه لايأخذ أجرة البيع من الآذن فيه كلها ولاأجرة الشراء من الآذن فيه كلها بل يأخذ من كل واحد أجرة ما فعل له ، فيأخذ أجرة الايجاب من الاذن في البيع وأجرة القبول من الاذن في الشراء . وثانيهما أنهما اذا أمراه بالبيع والابتياع فالاجرة على السابق ، وان اقترنا وكان الغرض تولية طرفي العقد فالاجرة عليهما وكذا ان تلاحقا وكان الغرض مجرد العقد ، وان لم يكن الغرض مجرد العقد بل السمسرة لكل واحد منهما فللواسطة أجرتان على قدر العملين .

كتاب الرهن

وأركانه أربعة :

الاول ــ في الرهن : وهو وثيقة لدين المرتهن . ولابد فيه من الايجاب والقبول .

قوله : كتاب الرهن

وهو لغة اما مصدر رهنت الشيء عند فلان ورهنته اياه ، ولايقال أرهنته[1] الا في لغة قليلة ، أواسم للشيء المرهون . والثاني يجمع على رهان مثل جبل وجبال ، وقال ابوعمرورهن أيضاً جمع ، وقال الاخفش هي قبيحة لانه لايجمع فعل على فعل الاقليلا شاذاً كسقف وسقف ، بل هو جمع للرهان فرهن حينئذجمع الجمع وقرىء بهما .

---

١) قال في المصباح : ارهنته لغة قليلة ومنعها الاكثر ، وقالوا وجه الكلام أرهنت زيداً الثوب اذا دفعته اليه ليرهنه عند أحد ، ورهنت الرجل كذا ورهنته عنده اذا وضعته عنده ، فان اخذته منه قلت ارتهنته منه ، ثم اطلق الرهن على المرهون ، وجمعه رهون مثل فلس وفلوس ورهان مثل سهم وسهام ، والرهن بضمتين جمع رهان مثل كتب جمع كتاب .

وهل يشترط الاقباض ؟ الاظهر : نعم .

ومن شرطه أن يكون عيناً مملوكاً يمكن قبضه .

ويصح بيعه منفرداً كان أو مشاعاً .

وبالجملة هو مأخوذ من رهن أي ثبت ودام ، والرهن الثابت ، ومنه نعمة راهنة .

وشرعاً عرفه المصنف بأنه «وثيقة لدين المرتهن» ، ولوقال «لدين المدين» كان أحسن ، لان الرهن والمرتهن متضائفان في الاشتقاق فلا يؤخذ أحدهما في تعريف الاخر . واختلف في معنى الوثيقة هنا : فقيل معناه ليستوفي دينه به وقيل ليستوفي دينه منه .

وتظهر الفائدة في رهن ما لايصح بيعه كأم الولد ، فعلى الاول يصح رهنها لان منع المالك من التصرف فيها وامكان بيعها في الجملة لجواز زوال المانع يدعو المالك الى القضاء ، وعلى الثاني لايصح رهنها لعدم صحة بيعها والحالة هذه . وكذا في الرهن على الاعيان المضمونة على الاول يصح ، وعلى الثاني لايصح لعدم امكان استيفاء تلك الاعيان لانحصار حق المالك فيها .

اذا عرفت هذا فالرهن جائز بالنص والاجماع ، والحكمة المعاشية تدعو الى مشروعيته ، فانه قد يضطر الى الاستدانة ولا يوثق بالمديون فيؤخذ الرهن على الدين .

قوله : وهل يشترط الاقباض الاظهر نعم

لاخلاف أن دوام القبض ليس شرطاً ، وانما الخلاف في شرطيته في لزوم العقد ، فقال الشيخ في النهاية والمفيد وابن الجنيد والتقي والقاضي والمصنف والشهيد نعم لوجهين : «١» قوله تعالى «فرهان مقبوضة»[1] ، « ٢ » رواية محمد

---

١) سورة البقرة : ٢٨٣ .

ابن قيس عن الصادق عليه السلام : لارهن الامقبوضاً[1].

وقال الشيخ في الخلاف وابن ادريس والعلامة وولده ليس بشرط لوجوه :

(الاول) أصالة عدم الاشتراط .

(الثاني) عموم « أوفوا بالعقود »[2].

(الثالث) لوكان شرطاً كالايجاب والقبول لكان قوله « مقبوضة » تكراراً ، كما أنه لايحسن فرهن مقبولة . ولو سلمنا ذلك لم يلزم الاشتراط ، لان الاية سيقت ارشاداً الى حفظ المال، وهو انما يتم بالقبض كما أنه لايتم الابالارتهان فالاحتياط يقتضي القبض كما أنه يقتضي الرهن، وكما أن الرهن ليس شرطاً في جواز الادانة فكذا القبض .

(الرابع) لودلت الاية على الاشتراط لكانت دلالتها من حيث دليل الخطاب وليس بحجة .

(الخامس) ان الحديث المذكور ضعيف بضعف محمد بن قيس[3] ، فلا حجة فيه .

أجاب الاولون عن « الاول » بأن الاصل يخالف للدليل، وعن « الثاني »

---

١) التهذيب ٧/١٧٦ .

٢) سورة المائدة : ١ .

٣) محمد بن قيس مشترك بين اشخاص مجاهيل وثقات : اما هذا الرجل من الثقات بقرينة الراوى عنه وهو عاصم بن حميد الحناط .

قال النجاشي : محمدبن قيس ابوعبدالله البجلى ثقة عين كوفي ، روى عن ابي جعفر وابي عبدالله عليهما السلام ، له كتاب القضايا المعروف ، رواه عنه عاصم بن حميد الحناط.

وقال الشيخ في رجاله : محمدبن قيس البجلى كوفى اسند عنه ، صاحب المسائل التى يرويها عنه عاصم بن حميد ، مات سنة ١٥١ . وقال فى الفهرست : انه عين ثقة .

أن الوفاء بالعقد واجب اذا حصل شرطه لامطلقاً والالوجب الوفاء بالفاسد ، وعن « الثالث » بالمنع من كون الايجاب والقبول شرطين بل هما نفس الرهن فلايكون مشروطاً بنفسه أوأحدهما جزء ولايوصف الشيء بجزئه ، وان سلمنا المغائرة وعدم الجزئية فلانسلم عدم حسن مقبولة .

والحق أن القبض أمرخارج عن حقيقة الرهن شرط فيه بخلاف الايجاب والقبول ، ولذلك يصح وصفه بالقبض للتأكيد كقوله تعالى « الهين اثنين »[1] « ونفخة واحدة »[2] ، ولم يصح وصفه بالايجاب والقبول لكونهما جزئية .

قوله : وكما أن الرهن ليس شرطاً في جواز الادانة ـ الخ

الملازمة ممنوعة اذا لم يدل عليها دليل . على انانقول: حفظ المال واجب فنجب مقدمته .

وعن الرابع بأنالم نستدل بدليل الخطاب بل بالاصل ، وذلك أن شرعية الرهن ولزومه ثبتا مع القبض ولم يثبتا مع عدمه ، فمدعيه يحتاج الى دليل وليس .

وعن الخامس فان ضعفه وان ثبت لكنه انجبر بعمل الاصحاب وتلقيه بالقبول واضمار الصحة فيه أولى .

وللشيخ في المبسوط القولان، ولاشك أن القبول بالاشتراط أحوط، لكن عدم اشتراط دوامه يقتضي عدم حصول الحكمة في الوثيقة ، وحينئذ لافرق بين القبض وعدمه .

ويمكن الجواب بأن المنع من صحة التصرف كاف في الاستيثاق .

---

١) سورة النحل : ٥١ .

٢) سورة الحاقة : ١٣ .

ولو رهن مالا يملك وقف على اجازة المالك .

ولو كان يملك بعضـه مضى فى ملكـه . وهو لازم من جهة الراهن .

ولو شرطه مبيعاً عند الاجل لم يصح .

ولايدخل حمل الدابة ولاثمرة النخل والشجر فى الرهن . نعم لو تجدد بعد الارتهان دخل . وفائدة الرهن للراهن .

قوله : ولوشرطه مبيعاً عند الاجل لم يصح

أي لم يصح البيع لتعلقه على المدة، ويكون مضموناً لقبضه بالبيع الفاسد .

قوله : ولايدخل حمل الدابة ولاثمرة النخل والشجر فى الرهن. نعم لوتجدد بعد الارتهان دخل

لاخلاف في عدم دخول الزوائد الحاصلة عند الارتهان الامع اشتراطها ، وان كان ابن الجنيد قال بدخولها مطلقاً ، فان الاجماع انعقد بعده على عدم الدخول . وانما الخلاف في ماتجدد منفصلا كالولد والصوف لامتصلا كالسمن والطول ، فانه لاخلاف في دخوله .

ولو تجدد فقال الشيخ فـي النهاية والمفيد وابن الجنيد والتقي والقاضي وابن حمزة وابن ادريس بدخول المنفصل المتجدد، ولم نجدلهم دليلا سوى ادعاء بعضهم الاجماع .

واحتج بعض الفضلاء على الدخول بأنا اذا شككنا في مالك النماء في غير هذه الصورة أهوزيد أوعمرو حكمنا بتبعيته لاصله ودخوله في مالك مالك أصله ولهذا حكم الاصحاب أن حمل المدبرة بعد التدبير مدبر كانه عند الاطلاق ، ولاقائل بالفرق .

ولو رهن رهنين بدينين ثم أدى عن أحـدهما لم يجز امساكه بالآخر .

ولو كان دينان ، وبأحدهما رهن لم يجز امساكه بهما .

ولم يدخل زرع الارض فى الرهن سابقاً كان أو متجدداً .

الثانى — فى الحق : ويشترط ثبوته فى الذمة مالاكان أومنفعة .

قلت : فيه نظر ، اذ لايلزم من تبعيته في الملك بتبعيته في تعلق الرهن به ، وأما حمل المدبرة فتغليب لجانب العتق .

وقال الشيخ في المبسوط والخلاف بعدم دخوله ، واختاره العلامة . وهو الاقوى ، لاصالة عدم الدخول .

قوله : ولايدخل زرع الارض فى الرهن سابقاً كان اومتجدداً

لم نسمع في ذلك خلافاً، لكن لوتجددالزرع هل يجبرالراهن على ازالته قال الشيخ لا ، لانه تصرف في المنافع وهي غيرداخلة في الرهن ، ولاصالة عدم الجبر. وقيل نعم، لان بقاء الزرع تصرف فيالارض، وهوممنوع كالمتاع في الدار ، ولتضرر الدائن لوأراد بيع الارض المشغولة فيقل الراغب، واختاره المصنف في الشرائع .

قوله : ويشترط ثبوته فى الذمة ما لاكان أومنفعة

للحق المرتهن عليه شرطان :

(الاول) ثبوته في الذمة ، فلولم يكن ثابتاً في الذمة كالامانات بأسرها لم يصح الارتهان عليها ، وكذا ما حصل سببه ولم يثبت بعد في الذمة كالدية قبل استقرار الجناية .

ثم الثابت فيالذمة قد يكون مالا وهوما يلحقه الملك قائماً بذاته كالدنانير

ولو رهن على مال ثم استدان آخر فجعله عليهما صح .

الثالث ـ في الـراهن : ويشترط فيـه كمال العقل وجـواز التصرف .

وللولي أن يرهن لمصلحة المولى عليه .

والدراهم والحبوب وغيرها ، وقد يكون منفعة وهوما يلحقه الملك قائماً بغيره كالمنافع المطلقة .

(الثاني) مكان استيفائه من الرهن ، فلايصح على مالا يمكن استيفاؤه منه ، كالاجارة المتعلقة بعين المؤجر ، فان مايؤخذ الرهن عليه يصح ضمانه ويصح الابراء منه ولاشيء من الاجارة المذكورة كذلك.

قوله : ولورهن على مال ثم استدان آخر فجعله عليهما صح

هذا اذا كان الدينان لواحد ، أما لو كان الثاني لغير الاول كان موقوفاً على اجازة الأول ، ومع اجازته يحتمل بطلان رهانته ، لان لازم الرهن اختصاص المرتهن وتقدمه بدينه ، وتنافي اللوازم يستلزم تنافي الملزومات، وحيث أجاز الأول الرهن الثاني فقد أبطل رهنه .

ويحتمل البطلان فيما قابل دين الثاني ، اذ المقصود استيفاء الدين وهـو ممكن هنا فلامنافاة .

ويحتمل عدم البطلان مطلقاً ، وهو الاصح ، لعـدم الدلالة مطابقة وتضمناً وهوظاهر ، وكذ التزاماً لانه لامانع من تعلق دينين بعين واحدة ويقدم أحدهما أويشتركان فيه وتكون الفائدة أنه لوقضى الراهن حق الثاني أوابرأ منه أوأسقط حق الرهانة بقي حق الاول .

وليس للراهن التصرف في الرهن باجارة ولاسكنى ولا وطء، لانه تعريض للابطال ، وفيه رواية بالجواز مهجورة .

ولو باعه الراهن وقف على اجازة المرتهن .

وفي وقوف العتق على اجازة المرتهن تردد ، اشبهه : الجواز.

قوله : وفيه رواية بالجواز مهجورة

هي ما رواه الشيخ عن حماد عن الحلبي عن الصادق عليه السلام في رجل رهن جاريته عند قوم أيحل له أن يطأها ؟ قال : ان الذين ارتهنوها يحولون بينه وبين ذلك. قلت: ارأيت ان قدر عليها خالياً ؟ قال : نعم لاأرى هذا عليه حراماً[1] .

ورواها أيضاً ابن بابويه في من لايحضره الفقيه والكليني عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام، والسندان صحيحان الاأن الأصحاب هجروهما لمنا فاتهما لاصول المذهب ولقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف .

بقي هنا مسألة ، وهي لووطى فعل حراماً ولحق به الولد وصارت أم ولد ، وهل يبطل الرهن ؟ الاصح لالسبقية الرهن على الاستيلاد ، وبه قال في المبسوط وابن ادريس، وقال في الخلاف ان كان مؤسراً ألزم قيمة الامة تكون مكانها رهناً لحرمة الولد ، وان كان معسراً كانت بحالها رهناً . ولادليل على هذا التفصيل فالفتوى على الاول .

قوله : وفي وقوف العتق على اجازة المرتهن تردد أشبهه الجواز

ينشأ من قولي الشيخ ومن أنه نوع تصرف وهومنهي عنه والنهي يدل على

---

١) التهذيب ١٦٩/٧ ، الكافي ٢٣٥/٥ ، ٢٣٧ ، الفقيه ٢٠١/٣ .

(الرابع) فی المرتهن : ويشترط فيه كمال العقـل وجـواز التصرف .

ويجوز اشتراط الوكالة فی الرهن ،ولو عزل له لم ينعزل .

وتبطل الوكالة بموت الموكل دون الرهانة .

ويجوز للمرتهن ابتياع الرهن .

والمرتهن أحق من غيره باستيفاء دينه من الرهن ، سواء كان الراهن حياً أو ميتاً . وفی الميت رواية أخری .

الفساد ، فلاتؤثر فيه الاجازة اللاحقة لتأخرها ، وهو قوله في المبسوط . ومن أن المانع تعلق حق المرتهن وحيث أجاز فقد زال المانع لدلالة الاجازة على الرضا .

والأشبه الجواز لابتناء العتق على التعليق مع حصول شرطه .

وهنا فوائد :

(الاولى) لوباع الراهن أوآجر ولم يجز المرتهن واتفق فك الرهن فهل تكون العقود لازمة أم لا ؟ يحتمل المنع ، لعدم الشرط واللزوم لانتفاء المانع وهو اختيار العلامة .

(الثانية) لوباع المرتهن فيغيرموضع البيع فأجاز الراهن صح والابطل .

(الثالثة) لوعتق المرتهن تردد المصنف في الشرائع من حصول الاجازة ومن حيث النهي . والاقوى البطلان ، لعدم الملك الذي هوشرط .

قوله : وفی الميت رواية اخری

هذه رواها الصدوق في الفقيه عن محمد بن عيسى عن سليمان بن حفص

ولو قصر الرهن عن الدين ، ضرب مع الغرماء بالفاضل .

والرهن أمانة في يد المرتهن ، ولا يسقط بتلفه شيء من ماله مالم يتلف بتعد أو تفريط .

وليس له التصرف فيه ، ولو تصرف من غير اذن ضمن العين والاجرة .

ولو كان الرهن دابة قام بمؤنتها و تقاصا .

وفي رواية : الظهر يركب والدر يشرب ، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة .

وللمرتهن استيفاء دينه من الرهن ان خاف جحود الوارث .

قال : كتبت الى الكاظم عليه السلام ـ وساق القول الى أن قال ـ فكتب علية السلام : جميع الديان فيه سواء يتوزعون بينهم بالحصص[1].

وكذا روى الشيخ في التهذيب بهذا السند وبسند آخر منه ابو عمران الارمني عن عبدالله بن الحكم عن الصادق عليه السلام[2].

وهما ضعيفان ، لان الشيخ ضعف ابن عيسى والارمني في كتابه . هذا مع مخالفتهما للاصول ، فان فائدة الرهن التقدم به على الغرباء والا لما كان وثيقة ، مع اشتمال الاول على المكاتبة .

قوله : وفي رواية الظهر يركب والدر يشرب وعلى الذي يركب ويشرب النفقة

---

١) التهذيب ١٧٨/٧ ، الفقيه ١٩٨/٣ .

٢) التهذيب ١٧٧/٧ ، الفقيه ١٩٦/٣ .

ولو اعترف بالرهن وادعى الدين ولا بينة فالقول قول الوارث.

وله احلافه ان ادعى عليه العلم .

ولو باع الرهن وقف على الاجازة .

ولو كان وكيلا فباع بعد الحلول صح .

ولو اذن الراهن فى البيع قبل الحلول لم يستوف دينه حتى يحل .

ويلحق به مسائل النزاع . وهى أربع :ــ

هذه رواية السكوني موثقاً عن الصادق عليه السلام عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم : الظهر يركب اذا كان مرهوناً وعلى الذي يركبه نفقته والدر يشرب اذا كان مرهوناً وعلى الذي يشربه نفقته[1].

وأفتى بمضمونها الشيخ في النهاية والتقي . وقال ابن ادريس : لايجوز للمرتهن التصرف فيه بالركوب ولاغيره ، للاجماع على أن الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف ، وأما الانفاق فان يتبرع به المرتهن فلا رجوع به والا فله الرجوع .

أقول: الحق أن الكلام ليس كما قاله الشيخ على اطلاقه ولا كما قاله ابن ادريس :

أما الاول فلانه ان أراد الشيخ أن مع عدم امكان استيذان الراهن أومن قام مقامه في الانفاق وفي التصرف يكون للمرتهن ذلك ولايكون ثم زيادة على أحدهما فهوحق ، وعليه تحمل الرواية ، وان كان مع امكان ذلك والتفاوت فممنوع ،

---

1) الفقيه ١٩٥/٣ ، التهذيب ١٧٥/٧ .

(الاولى) يضمن المرتهن قيمة الرهن يوم تلفه .

وقيل : أعلى القيم من حين القبض الى حين التلف .

ولو اختلفا ، فالقول قول الراهن . وقيل القول قول المرتهن ، وهو أشبه .

لما تقدم من منع المرتهن من التصرف وأصالة عدم استباحة مال المسلم الاعن طيب نفسه منه .

وأما الثاني فلان الانفاق لابد منه ولايجب التبرع به ، وربما يتعسر المالك الراهن ومن قام مقامه ، فلو لم يجز للمرتهن الركوب والشرب لزم تفويت المنفعة على الراهن مع لزوم الانفاق له والرجوع عليه به .

قوله : يضمن المرتهن قيمة الرهن يوم تلفه ، وقيل اعلى القيم من حين القبض الى حين التلف

الاول قول الشيخين في النهاية والمقنعة، والثاني قوله في المبسوط. وقال ابن الجنيد يلزمه الاعلى من حين التلف الى أن يحكم عليه بقيمته. وقال العلامة حكمه كالغاصب في القيمة من حين تفريطه الى حين تلفه ، وان كان من ذوات الامثال وجب المثل ، ومع تعذر القيمة وقت الأداء .

وهذا هو الحق وعليه الفتوى . وفي قول المبسوط نظر ، لانه غير مضمون عليه قبل التفريط ، وكذا في قول ابن الجنيد ، لان وقت الحكم عليه لادخل له في كمية المضمون ، لان الحكم عليه انما هو بالخروج الى الخصم من حقه فالخروج متأخر، فلو زادت القيمة حينئذ كانت مضمونة ان كان قيمياً وان كان مثلياً فالحكم انما هو بالخروج بالمثل ، وانما ينتقل الى قيمته حال ارادة الخروج وذلك وقت الأداء .

قوله : ولواختلفا فالقول قول الراهن ، وقيل القول قول المرتهن وهو أشبه

(الثانية) لو اختلفا فيما على الرهن فالقول قول الراهن.

وفي رواية القول قول المرتهن مالم يدع زيادة عن قيمة الرهن.

(الثالثة) لو قال القابض: هو رهن، وقال المالك: هو وديعة فالقول قول المالك مع يمينه. وفيه رواية أخرى متروكة.

(الرابعة) لو اختلفا في التفريط فالقول قول المرتهن مع يمينه.

الاول قول الشيخين وابن الجنيد والقاضي والتقي وسلار وابن حمزة نظراً الى كون المرتهن صار خائناً فيخرج عن الامانة فلايقبل قوله. والثاني قول ابن ادريس، لالكونه أميناً بل لكونه غارماً ومدعى عليه، ولاصالة براءة الذمة من الزائد عمايدعيه.

قوله: لواختلفا فيما على الرهن فالقول قول الراهن، وفي رواية القول قول المرتهن مالم يدع زيادة عن قيمة الرهن

ما ذكره هو قول اكثر الاصحاب، وتؤيده أصالة براءة الذمة من الزائد. وكذا ورد في رواية محمد بن مسلم صحيحاً عن الباقر عليه السلام[1]، وفي رواية عبيد بن زرارة موثقاً عن الصادق عليه السلام[2].

وأما الرواية المشار اليها فهي عن السكوني عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام[3]، وعمل عليها ابن الجنيد، وهي ضعيفة بالسكوني ومنافاتها للاصل.

قوله: لوقال القابض هو رهن وقال المالك هو وديعة فالقول قول المالك مع يمينه، وفيه رواية أخرى متروكة

---

١) الكافي ٥/٢٣٧، التهذيب ٧/١٧٤.

٢) التهذيب ٧/١٧٤.

٣) الفقيه ٣/١٩٧، التهذيب ٧/١٧٥.

ما ذكره هوقول اكثرالاصحاب، لاصالة عدم الرهن ولكون المالك منكراً وذي اليد مدعياً والقول قول المنكر مع يمينه . وتؤيده رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام[1]: البينة على الذي عنده الرهن ، وان لم تكن له بينة فعلى الذي له الرهن اليمين .

وأما الرواية فرواها الشيخ في الموثق عن عباد بن صهيب عـن الصادق عليه السلام[2] مضمونها أن القـول قول الذي يقول هورهن ، ومثلها رواية ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام[3] أيضاً .

وهما ضعيفتان : أماالاولى فلان عباد بتري، وأما الثانية ففي طريقها الحسن ابن محمد بن سماعة وهو واقفي ، وعمل الشيخ بهما في الاستبصار وشنع عليه ابن ادريس .

قال العلامة قول الشيخ ليس ببعيد : أما أولا فللروايات ، وأما ثانياً فلانه صاحب اليد فيسمع قوله اذ ليس يده عارية ، وأما ثالثاً فلانه يدعي الظاهر لان الظاهر احتياط صاحب الدين على ماله ولان المالك اعترف له بالامانة وجعله أميناً فقدم قوله في التلف .

أقول : كلام العلامة هذا تعصب على ابن ادريس ونصرة لسهوالشيخ : أما أولا فلان الروايات قد عرفت ضعفها فلايحسن الاعتماد عليها ، وأما ثانياً فلانا لانسلم أن صاحب اليد يقبل قوله مطلقاً وان كانت غيرعادية بل اذا لـم يخالفه الدليل والا لقبل قول المرتهن في زيادة الدين كما تقدم لكن ليس فليس ، وأما ثالثاً فلان الظاهرهنا معارض بالاصل وهوعدم الرهن ولانسلم أن المالك اعترف

---

١) التهذيب ٧/١٧٤ ، الكافي ٥/٢٣٧ ، الاستبصار ٣/١٢١ .
٢) التهذيب ٧/١٧٦ ، الكافي ٥/٢٣٨ ، الفقيه ٣/١٩٥ .
٣) التهذيب ٧/١٧٤ ، الاستبصار ٣/١٢٢ ، الكافي ٥/٢٣٧ ، الفقيه ٣/١٩٩ .

له بالامانة مطلقاً بل لو لم يدع الارتهان. أما مع ادعائه فعنده أنه غاصب خصوصاً لو كان الدين مؤجلا لم يحل بعد .

ولابن حمزة هنا تفصيل استحسنه بعضهم، وهو أنه ان اعترف المالك بالدين فالقول قول مدعي الارتهان عملا بالقرينة، وان أنكر فالقول قوله في عدم الرهن .

كتاب الحجر

المحجور هو الممنوع من التصرف فى ماله .

وأسبابه ستة ، الصغر ، والجنون ، والرق ، والمرض ، والفلس ، والسفه .

قوله : المحجور هو الممنوع من التصرف فى ماله

قال الجوهري الحجر مصدر قولك حجر عليه القاضي يحجر حجراً اذا منعه من التصرف في ماله . وعرفه المصنف بذلك شرعاً ، ويرد عليه وجوه :

(الاول) ان العبد لا يملك على قول الاكثر فلا مال له فلا يدخل في المحجور مع أنه عد الرق في أسباب الحجر .

(الثاني) ان اراد بقوله « في ماله » كل ماله ورد المريض فانه محجور على ما قاله مع أنه غير محجور عليه في كل ماله بل في بعضه وهو مازاد على الثلث وان أراد بعضه فليس في لفظه دلالة عليه ، مع أنه يرد عليه الصبى والمجنون فانهما ممنوعان في الكل .

ولا يزول حجر الصغير الا بوصفين :

(الاول) البلوغ . وهو يعلم بانبات الشعر الخشن على العانة ، أو خروج المني الذى منه الولد من الموضع المعتاد . ويشترك في هذين الذكور والاناث .

أو السني وهو بلوغ خمس عشرة .

وفي رواية ، من ثلاث عشرة الى أربع عشرة .

وفي رواية أخرى ، بلوغ عشرة ، وفي الانثى بلوغ تسع .

(الثالث) ان أراد بالتصرف أي تصرف كان لم يدخل أحد من المحجور عليهم في تعريفه ، لان كل واحد منهم لابد أن يأكل ويلبس من ماله ، وذلك تصرف غيرممنوع منه . وان أراد التصرف الناقل للملك بعوض ، ورد عليه المريض فانه لو باع ماله كله بعوض المثل لم يمنع . وان أراد التصرف الناقل بغير عوض ورد عليه بيع الصبي بالعوض ومحاباة المريض .

هذا والحجر مماتدعو الحكمة اليه مراعاة لمصالح العباد ، ودل على مشروعيته النص والاجماع .

قوله : وفي رواية من ثلاثة عشر الى اربع عشرة ، وفي اخرى ببلوغ عشرة .

أما الاولى فرواها أبوحمزة الثمالي عن الباقر عليه السلام قال : قلت له : جعلت فداك في كم تجري الاحكام على الصبيان؟ قال: في ثلاثة عشر سنة وأربع عشرة سنة . قلت: فان لم يحتلم فيها ؟ قال: وان لم يحتلم ، فان الاحكام تجري عليه[1].

---

١) أخرجه العلامة في المختلف في بحث الحجر ، التهذيب ٦/ ٣١٠ .

وفي معناها رواية ابن سنان عن الصادق عليه السلام[1].

وأفتى بمضمونها ابن الجنيد.

وقال الابى في شرحه عندحكمه بأن البلوغ يحصل بخمسة عشر : لعل ما ورد بدون ذلك من الروايات يحمل على أنه احتلم اوأنبت ، وكأنه لم يقف على هذه الرواية أوأن الحسن قد يغلط.

وأما العلامة فقال انها ضعيفة السند ، فان في طريقها عبدالله بن جبلة وفيه قول[2]. وفيه سندي بن الربيع ويحيى بن المبارك ولاأعرف حالهما.

ان قلت : يمكن حملها على الاستحباب . بمعنى أنه يستحب له التكاليف في ذلك السن.

قلت: فيه نظر ، فان في الرواية الثانية وجب عليه ما يجب على المحتلمين احتلم أولم يحتلم . مع ان هذا الحمل ليس ببعيد ، وحينئذ يحمل الوجوب المذكور على شدة الاستحباب.

وأما رواية العشرفرواها جماعة عن الصادق عليه السلام[3] عبدالرحمن[4] بن ابي عبدالله وابوبصير وابوايوب ومنصوربن حازم[4] ، لكنها في الوصية لاغير والمصنف جعلها رواية في البلوغ ، لان جواز وصيته يدل على رفع الحجر عنه.

---

١) التهذيب ١٨٣/٩ ، الكافى ٦٩/٧ ، الفقيه ١٦٣/٤ .

٢) قال فى المختلف : وهو وان كان ثقة الا ان فيه قولا وفى الطريق ايضاً سندى . الى آخره .

٣) راجع الوسائل ٤٢٨/١٣ الباب ٤٤ من الوصايا .

٤) كذا في النسخ . وفي نسخة : فرواها جماعة عن عبدالرحمن ابى عبدالله و . . .

(الثانى) الرشد . وهو أن يكون مصلحاً لما له .

وفى اعتبار العدالة تردد .

ومع عدم الوصفين أو أحدهما يستمر الحجر ولو طعن فى السن .

ويعلم رشد الصبى باختباره بما يلائمه من التصرفات . ويثبت بشهادة رجلين فى الرجال ، وبشهادة الرجال أو النساء فى النساء .

والسفيه هو الذى يصرف الاموال فى غير الاغراض الصحيحة .

فلو باع والحال هذه لم يمض بيعه . وكذا لو وهب أو أقر بمال .

ويصح طلاقه وظهاره واقراره بما لايوجب مالا .

قوله : وفى اعتبار العدالة تردد

ينشأ من عدم دليل يدل على ذلك وخلو كلام المفسرين من اعتبارها ، ومن قول الشيخ رحمه الله باعتبارها وضعف شبهته في ذلك وقد بيناها في كتابنا «كنز العرفان في فقه القرآن »[1] وبينا ضعفها .

والتحقيق هنا أن نقول: لاشك أن المفهوم من الرشد عرفاً هو اصلاح المال وعدم الانخداع في المعاملات ، ولم يرد عن الشارع في تحديد الرشد زائد على ذلك فيحمل عليه . نعم ان استلزم الفسق اتلاف المال كان زواله معتبراً والا فلا .

---

١) كنز العرفان ٢/ ١٠٣ .

والمملوك ممنوع من التصرفات الا باذن المولى .

والمريض ممنوع من الوصية بما زاد على الثلث . وكذا فى التبرعات المنجزة على الخلاف .

والاب والجد للاب يليان على الصغير والمجنون ، فان فقدا فالوصى ، فان فقد فالحاكم .

قوله : وكذا فى التبرعات المنجزة على الخلاف

سيأتي انشاءالله ذكر الخلاف في ذلك في كتاب الوصية .

كتاب الضمان

وهو عقد شرع للتعهد بنفس أو مال . وأقسامه ثلاثة :

(الاول) ضمان المال .

ويشترط في الضامن التكليف ، وجواز التصرف .

قوله : كتاب الضمان

وهوعقد شرع للتعهد بنفس أومال، قال الجوهري : ضمنت الشيء ضماناً كفلت به فأنا ضامن وضمين ، وضمنته الشيء تضميناً فتضمنه عني مثل عرفته .

وشرعاً يقال على معنيين : عام وهو التعهد بالنفس أوالمال ، وخاص وهو التعهد بالمال ممن ليس عليه مثله ، فان كان عليه مثله فهوالحوالة . وأما التعهد بالنفس فهوالكفالة .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) قوله « عقد » يستلزم حصول الايجاب من الضامن والقبول من المضمون له ، اذ كل عقد هذا شأنه فايجابه « ضمنت » أو« تعهدت » أو« التزمت » وقبوله « قبلت » و« رضيت » وشبهه . وهل يشترط فوريته؟ نظر من كونه عقداً لازماً والفورية شرط فيه ، ومن أن الغرض الاهم رضاه .

ولابد من رضا المضمون له ولا عبرة بالمضمون عنه .
ولو علم فأنكر لم يبطل الضمان على الاصح .

(الثانية) انه عقد لازم وليس للضامن فسخه ، وكذا المضمون له ليس له أيضاً فسخه والرجوع على المضمون عنه .

(الثالثة) يجب أن يعتبر فيه ما يعتبر في العقود اللازمة من المطابقة للايجاب واعتبار العربية اختياراً .

قوله : ولابد من رضا المضمون له ولا عبرة بالمضمون عنه ، ولو علم فانكر لم يبطل الضمان على الاصح

رضا الضامن شرط اجماعاً لاستحالة اثبات مال في ذمة شخص بغير رضاه

بقي هنا مسائل :

(الاولى) هـل يشترط رضا المضمون له أم لا ؟ قال الشيخ في المبسوط والخلاف نعم ، ثم تردد من حيث أنه اثبات حق له في ذمة شخص فلابد مـن رضاه . وتؤيده رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه‌السلام في الرجل يموت وعليه دين فيضمنه ضامن للغرماء. فقال: اذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميت[1] وهو يدل بمفهومه على أنهم اذا لم يرضوا لم تبرأ ذمته .

ومن رواية ابى سعيد الخدري قال : كنا في جنازة فلما وضعت قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : هل على صاحبكم من دين ؟ قالوا: نعم درهمان فقال : صلوا على صاحبكم. فقال علي عليه السلام: يارسول الله أنا لهما ضامن فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، ثم أقبل على علي عليه السلام

---

١) الكافى ٩٩/٥ ، ٢٥/٧ ، التهذيب ١٨٧/٦ ، ١٦٧/٩ ، الفقيه ــ روضة المتقين ٥٤٠/٦ .

فقال : جزاك الله عن الاسلام خيراً وفك رهانك كما فككت رهان أخيك[1].

فلو كان رضاه شرطاً لاستأذنه رسول الله « ص » .

وجـزم المصنف باعتبار رضاه ، وقضية علي عليه السلام لادلالة فيها على عدمه ، لاحتمال حضوره ورضاه . وأيضاً عدم اعتبار رضاه في الميت لايدل على عدم اعتباره مطلقاً ، لجواز خصوصية الميت . مع أن حكاية الحال لاتعم .

(الثانية) رضا المضمون عنه هل هو شرط أم لا .

ويتفرع أنه لو علم وأنكر فجزم الشيخ في الكتابين[2] بعدم اعتباره ، وقال في النهاية والمفيد في المقنعة أنه لو علم فأنكر لم يصح الضمان .

وفيه دلالة على وجوب اعتبار رضاه، والاصح الاول لعموم قوله صلى الله عليه وآله : الزعيم غارم[3]، ولانه كقضاء الدين لايشترط فيه اذن المدبون.

قال الاوي[4] : ان المال بالضمان انتقل الى ذمة الضامن فاعادته الى ذمة المضمون عنه يحتاج الى دليل .

وفيه نظر، لانه مصادرة على المطلوب، لان انتقال المال عن ذمة المضمون عنه يتوقف على صحة الضمان فكيف يجعل مقدمة في اثبات الصحة .

---

١) اخرجه مجملا فى الخلاف ٢/١٣٣ ، ١٣٤ ، الوسائل ١٣/١٥١ .

٢) المبسوط ٢/٣٢٣ قال فيه: فالمضمون عنه لايحتاج الى رضاه لان ضمان دينه بمنزلة القضاء عنه ، الخلاف ٢/١٣٣ .

٣) اخرجه فى الخلاف ٢/١٣٥ ، سنن ابن ماجة ٢/٨٠٤ .

٤) وهو الشيخ الفقيه العالم الجليل الحسن بن ابى طالب اليوسفى صاحب « كشف الرموز » فى شرح المختصر النافع ويقال له : « الابى » ايضاً منسوب الى آبة بليدة قرب ساوة تعرف عند العامه بآوة قالها فى معجم البلدان وقال اهلها شيعة واهل ساوة سنة لاتزال الحروب بين البلدتين قائمة على المذهب .

وينقل المال من ذمة المضمون عنه الى الضامن وتبرأ ذمة المضمون عنه .

(الثالثة) هل يشترط معرفة الضامن بالمضمون له وعنه ؟ قال في الخلاف[1] لايشترط عملا بقضية علي عليه السلام ، وقال في المبسوط يشترط معرفتهما : أما المضمون له فلانه لولاه لزم الغرر لجواز رداءة معاملته وصعوبة اقتضائه ، وأما المضمون عنه فليعرف هل يستحق عليه شيء أم لا .

وتابعه العلامة في الاول لا الثاني، لانه لابد من تمييزه عند الضامن وتخصيصه عن غيره ليقع الضمان عنه .

والاقوى قوله في المبسوط : اما اذا لم يكن الضمان تبرعاً فظاهر ، وأما اذا كان تبرعاً فلانه احسان لابد في عقل المعاش من معرفة محله والالجاز وضع ذلك في غيره ، وقد ورد النهي عن وضع المعروف عند غير أهله كما قال علي عليه السلام : وليس لواضع المعروف في غير أهله الا محمدة اللئام[2] . وليس في ضمان علي عليه السلام دلالة على عدم ذلك ، لجواز معرفتهما ولم ينقل .

قوله: و[هل][3] ينقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن وتبرأ ذمة المضمون عنه

هنا فوائد :

(الاولى) قال الجمهوران الضمان ضم ذمة الضامن الى ذمة المضمون عنه

---

١) الخلاف ٢ / ١٣٣ .

٢) نهج البلاغة « الفيض » ٤٢٢ ، الكافي ٤ / ٣١ : وليس لواضع المعروف في غير حقه وعند غير اهله من الحظ فيما اتى الا محمدة اللئام وثناء الاشرار ومقالة الجهال مادام منعماً عليهم . الى آخرها . واللفظ للنهج .

٣) ليس « هل » في المختصر النافع ط بمصر .

فيجوز له حينئذ مطالبة أيهما شاء . وقال اكثر أصحابنا بأنه نقل المال من ذمة المضمون عنه الى ذمة الضامن فليس للمضمون له مطالبة المضمون عنه، ولو أبراه لم يبرأ الضامن ، ولو أبرأ الضامن برئا معاً .

وهو الحق ، لرواية الخدري في فعل علي عليه السلام ، ورواية جابر بن عبدالله الانصاري أن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم كان لايصلي على رجل عليه دين ، فأتي بجنازة فقال : هل على صاحبكم دين ؟ فقالوا : نعم ديناران . فقال : صلوا على صاحبكم . فقال ابوقتادة : هما علي يارسول الله، فلما فتح الله على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال: انا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن ترك مالا فهو لورثته ومن ترك ديناً فعلي[1] . فانهما يدلان على نقل المال من ذمة المضمون عنه والالما بقي فرق بين الحالين .

(الثانية) ضمان عهدة الثمن ضم ذمة الى ذمة على القولين ، ومعنى ضمان عهدة الثمن انه اذا باع انسان شيئاً وخشي أن يخرج الثمن مستحقاً أو المبيع كذلك فيضمن شخص آخر عهدة الثمن في الحالين ، فالمضمون له الرجوع على من شاء من الضامن والمضمون عنه والرجوع يكون بأقل الامرين من المضمون ومما دفع .

(الثالثة) الاعيان المضمونة كالغصب والمقبوض بالبيع الفاسد والسوم والعارية المضمونة هل يصح ضمان شيء من ذلك أم لا ؟ أما على القول بأنه ضم ذمة فيصح قطعاً ، وأما على القول بأنه نقل فيحتمل ضمانها لانه ثبت في ذمة المضمون : أما العين أو قيمتها ، فيجوز انتقال ذلك الى الضامن . ومن أن حق المالك منحصر في العين ولاتثبت في الذمة قيمتها الامع تعذر العين، فيكون ضمان مالم يجب ، لان الفرض أن العين موجودة .

---

١) الوسائل ١٣/١٥١.

ويشترط فيه الملاء أو علم المضمون له باعساره . ولو بان اعساره كان المضمون له مخيراً .

والضمان المؤجل جائز . وفي المعجل قولان ، أصحهما : الجواز .

ويرجع الضامن على المضمون عنه ، ان ضمن بسؤاله ، ولا يؤدى أكثر مما دفع .

قوله : والضمان المؤجل جائز وفي المعجل قولان أصحهما الجواز

الدين اما حال أومؤجل ، وعلى التقديرين فالضمان اما حال أومؤجل . فالاقسام أربعة :

(الاول) أن يكون حالا ويضمن مؤجلا ، فيصح اجماعاً .

(الثاني) أن يكون مؤجلا ويضمن حالا ، وهذا منعه الشيخ في النهاية[1] والمفيد في المقنعة، لان الضمان وضع للارفاق وهذا لاارفاق فيه، فانه لوطالبه حالالوجب على الضامن الاداء وحينئذ لهالرجوع على المديون فيفوتالغرض.

وفيه نظر، لانهان ضمن بسؤاله فهوأدخل الضررعلى نفسه ، وان لم يضمن بسؤاله فليس له المطالبة بما أداه . واختار المصنف والعلامة الصحة ، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الزعيم غارم[2] .

(الثالث) أن يكون مؤجلا ويضمن مؤجلا ، فالاجل الثاني ان كان أزيد صح اجماعاً وان كان مساوياً فكذلك على الاقوى ، وان كان أنقص منه أومما

---

١) النهاية ٣١٥ قال فيه : ولا يصح ضمان مال ولا نفس الا بأجل .

٢) الخلاف ١٣٥/٢ ، سنن ابن ماجة ٨٠٤/٢ .

ولو وهبه المضمون له أو أبرأه لم يرجع على المضمون عنه بشيء ولو كان باذنه .

واذا تبرع الضامن بالضمان فلا رجوع .

ولو ضمن ما عليه صح وان لم يعلم كميته على الاظهر .

ويثبت عليه ما تقوم به البينة ، لا ما يثبت في دفتر وحساب ، ولا ما يقربه المضمون عنه .

بقي منه ففيه الخلاف كما سبق . والاقوى الصحة .

(الرابع) أن يكول حالا ويضمن حالا ، فعند الشيخ لايصح أيضاً ، وعند المصنف والعلامة يصح . وهوالاقوى .

قوله : ولوضمن ما عليه صح وان لم يعلم كميته على الاظهر

هذا قول الشيخ في النهاية وابن الجنيد والتقي وسلاروابن زهرة والقاضي في الكامل ، واختاره العلامة ، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الزعيم غارم . وقوله « ولمن جاءبه حمل بعيروأنا به زعيم »[1] ، ولرواية عطا عن الباقر عليه‌السلام: ان من مات وعليه دين فرسول‌الله صلى‌الله عليه وآله وسلم كافله[2].

وقال الشيخ في المبسوط والخلاف وتبعه ابن ادريس بعدم صحته ، لان ذلك غرر وهومنهي عنه .

أجاب العلامة[3]: بأن الغرر انما هوفي‌المعاوضات التي تفضي الى‌التنازع

---

١) سورة يوسف : ٧٢ .

٢) التهذيب ٢١١/٦ .

٣) راجع المختلف ، الضمان من كتاب الديون وتوابعها .

أما مثل الاقرار والضمان فلا، لان الحكم فيهما معين ، وهو الرجوع الى المقر في الاقرار والى البينة في الضمان فلاغرر هنا .

قلت : للشيخ أن يقول : الحظر لايزول بقيام البينة ، لجواز قيامها بمال يعجز عنه الضامن، فلو ألزمناه لادى الى ضرره المنفي بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : لاضرر ولا ضرار[1]. نعم يمكن أن يجاب بأن الضامن أدخل الضرر على نفسه بعدم احتياطه .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) اذا ضمن والحال هذه يلزمه ما قامت به البينة بتاريخ سابق على الضمان لافيما بعده ، لان ذلك غير ثابت وقت الضمان .

(الثانية) لو أقر المضمون فان كان ذلك في تاريخ سابق على الضمان لزم الضامن والا فلا . وثبوت اقراره اما بالبينة أو بتصديق الضامن على السبق .

(الثالثة) لولم تقم بينة بشيء من مال ولااقرار وأنكر المضمون فتوجهت عليه اليمين فردها على المضمون له فحلف فهل يلزم الضامن ما حلف عليه أم لا؟ قال الشيخ والقاضي ان حلف برضا الضامن لزمه والا فلا، ويظهر من كلام المفيد لزومه وان لم يرض . والتحقيق ان جعلنا يمين الرد كالبينة لزمه وان جعلناها كالاقرار افتقر الى رضاه والا فلا ، وهذا أقوى .

(الرابعة) لاخلاف أنه مع عدم البينة والاقرار لايلزمه ما يوجد في دفتر وحساب ، ويظهر من كلام التقي لزوم ما يقر به الغريم وقد تقدم أن ذلك ليس على اطلاقه .

---

١) الكافي ٢٩٢/٥ ، الوسائل ٣٧٦/١٧ .

القسم الثاني : الحوالة .

وهي مشروعة لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله .

القسم الثاني الحوالة[1]

قوله : وهي مشروعة لتحويل المال من ذمة الى ذمة مشغولة بمثله.

هنا فوائد :

(الاولى) ذهب الشيخ في المبسوط والقاضي وابن حمزة الى اشتراط شغل ذمة المحال عليه ، واختاره المصنف ، وبنوا ذلك على أنها معاوضة .

وقال في المبسوط أيضاً بعدم الاشتراط، واختاره العلامة لاصالتي الصحة وعدم الاشتراك لكنه أشبه شيء بالضمان .

ويتفرع على القولين أنه لو أدى المحال عليه المال ثم ادعى على المحيل به فادعى المحيل شغل ذمته فأنكر فالقول قول المحيل على الاول وقول المحال عليه على الثاني .

(الثانية) قال الشيخ في المبسوط: انما تصح الحوالة بذوات الامثال لا بما لا مثل له كالثياب والحيوان اذا ثبت في الذمة بالقرض ، وأما لو ثبت بالخيار جاز كأرش الموضحة[2] .

وقال ابن الجنيد تصح بكل ما يصح السلم فيه، واختاره العلامة. وهو الحق لكونه معلوماً ثابتاً في الذمة قابلا للنقل .

---

١) قال في المبسوط ٢/٣١٢ : والحوالة مشتقة من تحويل الحق من ذمة ، ويقال احاله بالحق عليه يحيله احالة، واحتال الرجل اذا قبل الحوالة ، فالمحيل الذي عليه الحق والمحتال الذي يقبل الحوالة والمحال عليه هو الذي عليه الحق للمحيل والمحال به هو الدين نفسه .

٢) الموضحة هي الجراحة التي تبلغ العظم وتوضحه اى تكشفه ، ديتها خمسة ابعرة وصاحبها مخير بين أخذ الدية والقصاص .

ويشترط رضاء الثلاثة ، وربما اقتصر بعض على رضاء المحيل والمحتال .

(الثالثة) على قول المصنف اذا اتحد الحقان جنساً ونوعاً وصفة صحت الحوالة قطعاً ، أما لواختلفا في واحد منها فهل تصح أم لا ؟ يظهر من اشتراط المثلية عدمه ، ولانه لايجب على المحال عليه اذا ماليس عليه . وهوأحد قولي الشيخ في المبسوط ، وقال في موضع آخر منه بالصحة .

واختاره العلامة لاصالة الجوازولصحتها على البرىء ، فعلى من عليه حق مخالف أولى .

أقول : ان اشترطنا رضا المحال عليه فالحق الاخير لايلزمه لوقوع العقد برضاه ، وان لم نشترط فالحق الاول. نعم يرد على المصنف أنه يشترط رضا الثلاثة ويشترط أيضاً اتحاد الحقين ، وبينهما منافاة .

(الرابعة) شرط الشيخ في المبسوط كون الحق المحال به مما يصح فيه أخذ البدل قبل قبضه، لان الحوالة نوع معاوضة فلاتصح الاحيث تصح المعاوضة . وتبعه القاضي وابن حمزة ، ولذلك قالوا لاتصح الحوالة بالمسلم فيه قبل قبضه ، ثم رجع الشيخ عن ذلك وقوى أنها عقد آخر غير البيع فلا يترتب عليه مايترتب على البيع ، واختاره العلامة .

قوله : ويشترط رضا الثلاثة ، وربما اقتصر بعض على رضا المحيل والمحتال

أما الاول فهو المشهور ، واحتج عليه الشيخ بأنه لادليل على الصحة مع عدم رضا المحال عليه . وأيضاً اثبات مال في ذمة الغير مع اختلاف الغرماء في شدة الاقتضاء وسهولته تابع لرضاه. وأما الثاني فهو قول التقي وقواه العلامة في المختلف محتجاً بأنه لوباعه بغير رضاه صح فكذا الحوالة لعدم الفارق .

ولا يجب قبول الحوالة ولو كان على مليء . نعم لو قبل لزمت.

ولا يرجع المحتال على المحيل ولو افتقر المحال عليه .

ويشترط ملاءته وقت الحوالة أو علم المحتال باعساره .

ولو بان فقره رجع ويبرأ المحيل وان لم يبرئه المحتال .

وفي رواية : ان لم يبرئه فله الرجوع .

قال : ولم أقف على خبر يتضمن اعتبار رضاه كما قاله الاصحاب .

أقول : الحق أن نقول : ان اعتبرنا شغل ذمته والحوالة بمثل ما عليه فلا يشترط رضاه قطعاً ، اذ للشخص استيفاء ماله بنفسه وبغيره. وأما اذا لم نشترط الشغل أو كانت الحوالة بالمخالف فلابد من رضاه قطعاً : اذ قد يستلزم ذلك اضراره غالباً ، وقال صلى الله عليه وآله وسلم: لاضرر ولاضرار[1].

قوله : ولا يرجع المحتال على المحيل ولو افتقر المحال عليه

اكثر علمائنا على هذا ، سواء قبض من الحوالة شيئاً أولا . وقال سلار ان أخذ شيئاً من الحوالة فليس له الرجوع ، وان لم يأخذ فله الرجوع .

والحق الاول ، لاصالة لزوم العقد وعدم اشتراط القبض ، فلا يرجع عن الاصلين الا بدليل وليس .

قوله: ويبرأ المحيل وان لم يبرئه المحتال ، وفي رواية ان لم يبرئه فله الرجوع

الرواية ذكرها الشيخ والكليني بطريق حسن الى زرارة عن أحدهما عليهما السلام في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر فيقول الذي احتال برأت من مالي عليك . قال : اذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وان لم يبرئه

---

١) الكافي ٢٩٢/٥ ، الوسائل ٣٧٦/١٧ ، سنن ابن ماجة ٧٨٤/٢ .

فله أن يرجع على الذي أحاله[1].

وعمل بمضمونها الشيخ في النهاية والقاضي والتقي وابن حمزة وابن الجنيد والمفيد ، وقال ابن ادريس والمصنف انه يبرأ بنفس الحوالة وان لم يبرئه وليس عليه رجوع ، واختاره العلامة محتجاً بأن الابراء اما أن يكون قبل الانتقال من ذمة المحيل أو بعده ، والاول يستلزم تحصيل الحاصل لان ذمته برئت بالحوالة فلا حاجة الى ابراء آخر ، ولان الحوالة عقد قائم بنفسه يفيد تحويل الحق من ذمة الى أخرى ، فاذا تحققت وجب تحقق المعنى المشتق منه ، ولما رواه عقبة ابن جعفر عن الكاظم عليه السلام قال: سألته عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع على صاحبه اذا احتال ورضي ؟ فقال : لا[2] . وهو يدل بعمومه على صورة النزاع .

قلت فيه نظر :

أما أولا ـ فلان هذا مبني على انتقال المال بالحوالة ، وهو عين النزاع ، بل الحوالة اثبات حق المحيل الذي ثبت على المحال عليه للمحتال . وأما سقوط حق المحتال الثابت في ذمة المحيل فلا تقتضيه الحوالة الا على القول بأنها عقد معاوضة ، والعلامة لا يقول به بل عنده انها اسقاط ، فلابد حينئذ من الابراء لاسقاط حقه .

وأما ثانياً ـ فلان قوله اشتقاق الحوالة من التحويل[3] فلا يجتمع الحقان للمحتال فممنوع لاحتمال التجوز ثم صار في الشرع حقيقة في غير ذلك كما في النسخ فان الاشتقاق يقتضي أن يكون الناسخ قد نقل المكتوب الى كتابه ، وليس

١) التهذيب ٦/٢١١ ، الكافي ٥/١٠٤ .
٢) التهذيب ٦/٢١٢ .
٣) في ب « من التحول » .

القسم الثالث : الكفالة :

وهى التعهد بالنفس .

ويعتبر رضاء الكافل والمكفول له دون المكفول عنه .

وفى اشتراط الاجل قولان .

وان اشترط أجلا فلابد من كونه معلوماً .

واذا دفع الكافل الغريم فقد برىء .

وان امتنع كان للمكفول له حبسه حتى يحضر الغريم ، أو ما عليه .

كذلك بل هو مجاز بمعنى اثبات مثل صورة المكتوب في كتابه .

ان قلت : الأصل عدم المجاز .

قلت : مسلم لكنه لازم قطعاً ، لان أحد الحقين ليس هو الاخر حقيقة حتى يتحقق التحويل بل غيره، خصوصاً مع عدم اشتراط اتحادالحقين جنساً ونوعاً وصفة ، فيكون مجازاً أيضاً .

وأما ثالثاً ـ فلان الرواية غيرمعلومة الصحة ، لان عقبة مجهول الحال .

قوله : وفى اشتراط الاجل قولان

قال الشيخ في النهاية والمفيد وابن حمزة وسلار والقاضي في أحد قوليه لابد من الأجل ، وقال الشيخ في المبسوط واختاره ابن ادريس والمصنف والعلامة[1] تجوز حالة لاصالة الجواز وعدم المعارض .

---

١) قال فى المختلف : وسوغ فى المبسوط الحالة وبه قال ابن ادريس وهو المعتمد لنا الاصل الدال على الجواز وعدم الاشتراط .

ولوقال : ان لم احضره الى كذا كان عليّ كذا ، كان كفيلا أبداً ولم يلزمه المال .

ولو قال : على كذا الى كذا ان لم احضره ، كان ضامناً للمال ان لم يحضره فى الاجل .

قوله : ولو قال ان لم أحضره الى كذا كان على كذا كان كفيلا أبداً ولم يلزمه المال، ولوقال على كذا الى كذا ان لم احضره كان ضامناً للمال ان لم يحضره فى الاجل

هذه المسألة ذكرها الاصحاب في كتبهم، ومعتمدهم رواية الشيخ في التهذيب وابن بابويه في الفقيه عن داود بن الحصين عن ابى العباس عن الصادق عليه السلام عن رجل يكفل بنفس الرجل الى أجل فان لم يأت به فعليه كذا و كذا درهماً . قال : ان جاء به الى الاجل فليس عليه مال وهو كفيل بنفسه أبداً الا أن يبدأ بالدراهم ، فان بدأ بالدراهم فهو له ضامن ان لم يأت به الى الاجل الذي أجله[1] . ورواها في التهذيب بطريق آخر الى ابى العباس عن الصادق عليه السلام[2] .

اذا عرفت هذا فاعلم أنه لم يذكر الشيخ واتباعه وجه الفرق بين المسألتين بل أفتوا بمضمونها جامدين عليها ، وليس في اللغة العربية وجه للفرق ، فانه لافرق عندهم من حيث المعنى بين تقديم الجزاء وتأخير الشرط ، فان الجزاء وان تقدم فالمراد به التأخير، فاذا قلت « اكرمك ان جئتني » فهوفي المعنى «ان جئتني اكرمك » .

وبذلك يظهر ضعف كلام ابن ادريس في الفرق بأنه يلزمه ضمان النفس

---

١) الفقيه ٣/٤٥ ، التهذيب ٦/٢٠٩ .

٢) التهذيب ٦/٢١٠ ، الكافى ٥/١٠٤ .

حيث بدأ بضمانها ويلزمه ضمان المال حيث بدأ بضمان المال. وهذا تعليل بنفس الدعوى ، فالسؤال بعد باق ، فالاولى حينئذ اما الجمود على النص أونقول :

أما الصورة الاولى فالعبارة المطابقة للرواية أن يقول « تكفلت نفس فلان الى شهر مثلا فان لم آت به فعلي مائة درهم مثلا » ، ولاشك أن الجملة الاولى صريحة في الكفالة والجملة الثانية وهي قوله « فان لم آت به » الخ ليست بضمان بل هي أمر لازم للكفالة وان لم يذكره ، فانه لا كلام أن الكفيل يلزمه عند الأجل اما احضار الغريم أواداء ما عليه .

وذكر لازم الشيء غير مناف له بل مؤكد له ، لولم يذكر الكفالة أولا في عبارته بل قال « ان لم آت بفلان الى مدة كذا كان علي كذا » لكان أيضاً كفالة ، لان لزوم المال على تقدير عدم احضاره لازم للكفالة ، فجاز اطلاق اللازم وارادة الملزوم .

وأما قوله في الرواية « وهو كفيل بنفسه أبداً » فالمراد به القطع بأنه كفيل لاضامن ، بمعنى أن المال يلزمه من أول الوقت، بل لايتصور الا أنه كفيل ولايلزم المال الامع انقضاء الاجل وعدم احضاره .

وأما الصورة الثانية ـ وهي أن يقول « علي مائة درهم الى شهر ان لم أحضره فيه » فهي ضمان مشروط بعدم احضاره ، فان قلنا بصحة الضمان المشروط فالضمان والشرط صحيحان وينتقل المال الى ذمته بعد الأجل وعدم احضاره ، وان قلنا ببطلانه فلا كلام لو تقدم الشرط أنه باطل . وليس ذلك منطوق الرواية حتى يكون مخالفاً لها وان تأخر الشرط كما هو المستفاد من الرواية ، فنقول :

ان الضمان قد انعقد بقوله كذا الى كذا، ويكون ذكر الشرط بعده كالمنافي لانعقاده ، فلا يكون مسموعاً ، كما لوقال « له علي مائة من ثمن خمر » ، فان المال يثبت في ذمته بأول كلامه ولايسقط بقوله « من ثمن خمر » فكذا هنا .

ومن خلى غريماً من يد غريمه قهراً لزمه اعادته أو أداء ما عليه.

ولو كان قاتلا أعاده أو يدفع الدية.

وتبطل الكفالة بموت المكفول.

وتظهر من هذا الفرق بين الصورتين فائدة أخرى، وهي أنه لو مات المكفول في الصورة الاولى قبل الاجل بريء الكفيل من الكفالة ولا يلزمه المال، وأما في الصورة الثانية فان المال لازم له وان مات قبل الاجل. وهذا فرق حسن لم يذكره أحد من الاصحاب.

قوله: وتبطل الكفالة بموت المكفول

هذا هو المشهور بين الاصحاب، ويظهر من كلام ابن الجنيد أنه اذا شرط أن عليه ما عليه ان لم يحضره حياً وميتاً لزمه المال.

قال العلامة: الكفالة تبطل بالموت مطلقاً شرط أو لم يشرط، لان ذلك مقتضى الكفالة.

وفيه نظر، لان كون ذلك مقتضى الكفالة مسلم لكن مع الاطلاق، وأما مع الشرط فلا، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم[1].

---

1) التهذيب ٧/٢٢، الكافي ٦/١٨٧.

كتاب الصلح

وهو مشروع لقطع المنازعة .

ويجوز مع الاقرار والانكار الا ماحرم حلالا ، أو حلل حراماً .

قوله : وهومشروع لقطع المنازعة ، ويجوز مع الاقرار والانكار الاما حرم حلالا أوحلل حراماً

هنا فوائد :

(الاولى) ان الصلح عقد مستقل بنفسه ليس ببيع ولايفرع على غيره من العقود كما هوالمشهور لاصالة عدم الفرعية ، ولانه لو كان بيعاً أوفرعاً عليه لما صح الاحيث يصح، واللازم باطل فكذا الملزوم. والملازمة ظاهرة، وأما بطلان اللازم فانه يصح مع الجهل ومع الانكار .

والشيخ هنا قولان : أحدهما أنه بيع ، والاخرأنه فرع على عقود خمسة هي البيع والصرف والاجارة والعارية والهبة وعلى الابراء، وذلك لانه ان اقتضى اسقاطاً فهوفرع الابراء، وان اقتضى تمليكاً فاما لعين أولمنفعة ، وعلى التقديرين

فاما بعوض أوبغيره . فهذه أربعة، وتمليك العين بعوض اما أن يكون العوضان من الاثمان أولا ، فالاقسام حينئذ خمسة :

« ١ » ـ تمليك بعوض ، وهما من الاثمان ، وهوفرع الصرف .

« ٢ » ـ تمليك بعوض وليسا من الاثمان ، وهوفرع البيع بقول مطلق .

« ٣ » ـ تمليك العين بغيرعوض ، وهوفرع الهبة .

« ٤ » ـ تمليك المنفعة بعوض ، وهوفرع الاجارة .

« ٥ » ـ تمليك المنعة بغيرعوض ، وهوفرع العارية .

وليس للشيخ دليل على الفرعية الاكونه يترتب عليه فائدة هذه العقود ، وذلك ليس بدليل على الفرعية .

ثم انه بنى على قوله في المبسوط مسألتين :

احداهما ـ لو أتلف عليه ثوباً قيمته دينار فأقر له به وصالحه على دينارين لم يصح لانه ثبت له في ذمته قيمته وهي دينار ، فلوصالحه على دينارين كان رباً .

وجوز ذلك ابن ادريس والمصنف والعلامة بناء على نفي الفرعية وعلى أنه صلح على الثوب لاالدينار .

وفيه نظر ، من أن القيمي يضمن بقيمته على الاصح فلايصح .

وثانيهما ـ اذا ادعى على رجل بدراهم أودنانير فاعترف له بها ثم صالحه بدراهم أودنانير وتفرقا قبل القبض لم يصح لانه فرع الصرف ، وكذا لوصالحه على بعضها مع اتفاق الجنس لانه ربا ، أما لوقبض بعضها وابرأه من الباقي صح لانه فرع الابراء .

(الثانية) قوله « مشروع لقطع المنازعة » يشير الى غاية هذا العقد اللازمة

له غالباً، سواء تقدمت خصومة أو لم تتقدم[1]، بل يقدر أنه لولاه لحصلت كالصلح على العين المجهولة للمتصالحين، فان النزاع يحصل فيها غالباً لولا عقد الصلح لحصول الحظر هنا.

وهل يشترط عدم امكان العلم؟ الظاهر نعم، أما لو تعذر المكيال أو الميزان ومست الحالة الى الانتقال، فالاقرب الجواز لمساس الحاجة.

(الثالثة) قوله «ويجوز مع الاقرار والانكار» هذا مما انفردت به الامامية، فان اباحنيفة لايجوزه الامع الانكار، والشافعي لايجوزه الامع الاقرار.

حجة أصحابنا: عموم قوله تعالى «والصلح خير»[2] وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: الصلح جائز بين المسلمين الاصلحاً أحل حراماً أوحرم حلالا[3].

(الرابعة) ذكرفي تفسير التحليل والتحريم المذكورين وجوه:

«١»: ما قاله المصنف التحليل هو ان يصطلحا على أن يشربا أو احدهما، الخمر أو يزنيا أو أحدهما، والتحريم ان يصطلحا على أن لايطأ أحدهما أو كلاهما الحليلة أو المملوكة.

«٢» - أن يصطلحا على معاملة تؤدي الى الربا أو على جارية يأخذها أحدهما بشرط أن لايطأها.

«٣» - أن يدعي شخص عيناً في يد آخر ويعلم أن صاحب اليد يستحقها

---

١) قال في المسالك: لكنه عندنا قد صار عقداً مستقلا بنفسه لايتوقف على سبق خصومة بل لو وقع ابتداءاً على عين بعوض معلوم كان كالبيع فى افادة نقل الملك وعلى منفعة كان كالاجارة الى غير ذلك من احكامه لاطلاق النصوص بجوازه من غير تقييد بالخصومة كقول النبي صلى الله عليه وآله وسلم: الصلح جائز بين المسلمين الا صلحاً احل حراماً اوحرم حلالا. وقول الصادق عليه السلام: الصلح جائز بين الناس.

٢) سورة النساء: ١٢٨.

٣) الوسائل ١٣/١٦٤.

ويصح مع علم المصطلحين بما وقعت المنازعة فيه . ومع جهالتهما ديناً تنازعا أوعيناً . وهو لازم من طرفيه ، ويبطل بالتقابل.

ولو اصطلح الشريكان على أن الخسران على أحدهما والربح له وللاخر رأس ماله صح .

وانما يدعيها ليصالحه المالك على بعضها أوعلى مال، فان هذا الصلح اذا وقع حرم الحلال وأحل الحرام . وهذا بالنسبة الى المدعي لابالنسبة الى الحاكم، لانه انما يحكم بالظاهر . وكل واحد من التفسيرات حسن .

قوله : ومع جعلهما[1])

أما مع علم أحدهما وجهل الاخر ـ كما لوعلم شخص شغل ذمته بمائة مثلا لزيد ولم يعلم زيد فصالحه على أقل ـ وان لم يكن ربوياً لم يصح ، لان ذلك من قسم ما يحلل الحرام .

قوله: ولواصطلح الشريكان على ان الخسران على احدهما[2]) وللاخر رأس ماله صح

قال الشهيد ذلك جائزعند ارادة الفسخ ، للرواية الصحيحة عن الحلبى عن الصادق عليه السلام[3]، ولوجعلا ذلك في ابتداء الشركة فالاقرب المنع لمنافاته موضوعها والرواية لم تدل عليه .

أقول : أما الحكم الاول فهومسلم لكن ليس على اطلاقه بل مع جهلهما بحال المال عند الفسخ أومع علمهما ، أما لوجهل أحدهما وعلم الاخروكان

---

١) فى المختصر النافع : ومع جهالتهما .

٢) فى المختصر النافع المطبوع : على ان الخسران على احدهما والربح له وللاخر راس ماله صح .

٣) التهذيب ٢٠٧/٦ ، الكافى ٢٥٨/٥ .

ولو كان بيـد اثنين درهمان فقال أحـدهما : همالى ، وقال الاخر : هما بينى وبينك ، فلمـدعى الكل درهم ونصف ، وللاخر مابقى .

وكذالو أودعه انسان درهمين وآخر درهماً فامتزجت لا عن تفريط وتلف واحد فلصاحب الاثنين ، درهم ونصف ، وللاخـر مابقى .

هـو الرابح فانه لايصح لانه من قسم ما أحل الحرام . وأمـا الثاني فسيأتي الخلاف فيه .

قوله: لوكان بيد اثنين درهمان فقال احدهما همالي وقال الاخرهما بيني وبينك فلمدعي الكل درهم ونصف وللاخر مابقي

وكذا لو أودعه انسان درهمين وآخر درهماً فامتزجت لاعـن تفريط وتلف واحد[1] ، فلصاحب الاثنين درهم ونصف وللاخر مابقي .

هنا مسألتان :

(الاولى) الخالية من الايداع اما أن يكون الدرهمان بيدهما أو بيد أحدهما أو بيد ثالث ، فان كان الثاني فان كانا بيد مدعيهما حلف للاخر وكاناله ، وان كانا بيد مدعى أحدهما كان لـه درهم وعليه اليمين للاخر واعطاه درهماً ، وان كان الثالث فالثالث ان كذبهما حلف لهما وأقر الدرهمان بيده ، وان صدق أحدهما فكما تقدم وعليه اليمين للاخر . وان كان الاول فاما أن يقول مدعي أحدهما ان لي درهماً معيناً منهما أو يدعي الاشاعة فيهما ، فان كان الاول فالعمل كما قـال المصنف ، وهـو مدلول الرواية المشهورة ، وان كان الثاني فالاقوى قسمتهما

---

١) في بعض النسخ : احدهما .

ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً ، وللاخر ثوب بثلاثين فاشتبها ، فان خير أحدهما صاحبه فقد أنصفه والا بيعا وقسم الثمن بينهما أخماساً .

نصفين ويحلف مدعي الدرهم للاخر. وكذا كل مشاع حصل فيه التداعي هكذا (الثانية) ذات الايداع فان كان التلف عن تفريط غرم المستودع التالف ، سواء اذنا في المزج أولا، وان كان لاعن تفريط وكان المزج بغير اذنهما فكذلك وان كان باذنهما أوحصل المزج بغير اختيار المستودع ففي الرواية عن السكوني[1] لصاحب الدرهم نصف وللاخر الباقي . والعمل بها مشهور .

ولايمكن هنا دعوى الاشاعة كما في الاولى ، لان ذلك خلاف الغرض ، لكن السكوني ضعيف والشهرة ليست حجة ، فالاجود حينئذ أن نقول : ان كان ذلك في أجزاء ممزجة قسم الباقي أثلاثاً ، وان كان في غير المتمزج فالعمل كما في الرواية .

وقال العلامة في التحرير: يقسم الباقي على نسبة المالين كما قلنا في الممتزج وهو بعيد . نعم لوقيل بالقرعة هنا لم يكن بعيداً .

بقي هنا سؤال ، وهوأنه هل في العمل بمدلول الروايتين في المسألتين يمين أم لا ؟ فنقول : لم يذكر الاصحاب فيهما يميناً وذكروهما في باب الصلح فجاز أن يكون الصلح قهرياً وجاز أن يكون اختيارياً ، فان امتنعا فاليمين .

قوله : ولو كان لواحد ثوب بعشرين درهماً ولاخر ثوب بثلاثين فاشتبها فان خير احدهما صاحبه فقد انصفه والا بيعا وقسم الثمن بينهما اخماساً .

---

١) التهذيب ٢٠٨/٦ ، الفقيه ٢٣/٣ فيه : يعطى صاحب الدينارين ديناراً ويقتسمان الدينار الباقي بينهما نصفين .

كذا روى اسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام[1] . وعلى ذلك عمل الشيخ واتباعه .

وقال ابن ادريس العمل بالقرعة هنا أولى ، ورده العلامة بأن القرعة مع الاشكال ولا اشكال مع النقل. وأيضاً هذا المجموع بضاعة لشخصين لكل واحد منهما قدرمعين فيباع ويبسط الثمن على نسبة المالين كغيرها من الأموال و كما لو اشتراهما بالشركة مع الاذن، فان الشركة قد تحصل ابتداء وقد تحصل بالمزج والموجب للاشتباه كما هوهنا . واذا كانا شريكين كان لكل منهما بقدر رأس المال الذي له كما في الطعامين لوامتزجا .

أقول : على تقدير تسليم الشركة فوجوب البيع وقسمة الثمن كما ذكر ممنوع، اذ مع امكان القسمة عيناً ولوبالتعديل لاوجه لوجوب البيع، خصوصاً مع تعلق غرضهما أو أحدهما ببقاء الثوبين أما للقنية أو للكسوة ، فان اجبارهما على البيع منفردين أومجتمعين حينئذ ضررمنفي بالخبر .

هذا مع أن قسمة الثمن أخماساً مع امكان شراء أحدهما بعشرين أوان الرخص وشراء الاخر بثلاثين أوان الغلاء مع تساويهما في الكم والكيف لاوجه لها ، اذ لايحل مال امريء مسلم الاعن طيب نفس منه . فالاولى حينئذأن الثوبين ان تساويا من كل الوجوه الممكنة أعطي كل واحد منهما ثوب، اذ قد اشترى بمال كل منهما ثوب منفرد ، وان تفاوتا فالذي يقتضيه عقل المعاش غالباً أن الاجود يكون لصاحب الثلاثين والاخر لصاحب العشرين . وماذكر من الاحتمال نادر.

هذا وقول العلامة اذاكانا شريكين كان لكل منهما بنسبة رأس المال الذي له كما في الطعامين ، مسلم اذا كانت الشركة في الثمن ، أما اذا كانت الشركة في السلعة فممنوع ، والا لزم أنه لواشترى واحد كراً من الطعام بمائة و آخر كراً

---

١) التهذيب ٢٠٨/٦ ، الكافي ٤٢١/٧ .

بمائتين مع تساويهما في الصفة ثم امتزجا طوعاً أو كرهاً ثم بيع الكران أن يقسم الثمن اثلاثاً على نسبة المالين . لكن ذلك قول باطل لم يقل به قائل .

ان قلت : فعلى أي شيء تحمل الرواية .

قلت : تحمل على أمرين :

أحدهما ـ على امتزاج المالين قبل الشراء ، فان لفظ الرواية لايدفع هذا الاحتمال،فان منطوقها الرجل يبضعه الرجل ثلاثين درهماً في ثوب وآخر عشرين درهماً في ثوب فبعث الثوبين فلم يعرف هذا ثوبه ولا هذا ثوبه . فقال عليه السلام : يباع الثوبان فيعطى صاحب الثلاثين ثلاثة أخماس الثمن والاخر خمسي الثمن. قال: قلت فان صاحب العشرين قال لصاحب الثلاثين اختر أيهما شئت . قال عليه السلام : قد أنصفه[1] .

ثانيهما ـ حملها على الاستحباب ، فان ذلك تطيباً لنفس كل منهما ودفع ضرر الانغبان .

قوله : واذا ظهر استحقاق أحد العوضين بطل الصلح

هذا اذا كانا معينين أو احدهما وظهر استحقاقه ، أما لو صالحه على عين بدين في ذمته ثم دفع اليه شيئاً فظهر استحقاقه فان الصلح لايبطل بل رجع مال الصلح الى الذمة كما كان .

١) هي رواية اسحاق بن عمار التي مرت آنفاً .

كتاب الشركة

وهى اجتماع حق مالكين فصاعداً فى الشىء على سبيل الشياع.

قوله : وهى اجتماع حق مالكين فصاعداً فى الشىء على سبيل الشياع

هنا فوائد :

(الاولى) الشركة قد تقع صفة للمكلف فيقال شرك يشرك شركة فهو شريك وقد تقع صفة للمال فيقال اشترك يشترك اشتراكاً فهو مشترك. فان أريد الاول هنا كان المناسب أن يقال « جمع حق » الى آخره ، وان أريد الثاني فالمناسب أن يقال اجتماع كما قال المصنف . وهو حسن لان المقصود من هذا الباب هو ذلك، ولذلك قال فيما بعد وتصح مع امتزاج ـ الى آخره .

(الثانية) انما قال « حق » ولم يقل مال ليشمل الشركة في المنافع وفي الحقوق ، كحق القصاص والولاء والخيار والشفعة .

(الثالثة) ان الشركة أمر حادث، و كل حادث لابد له من سبب ، والسبب هنا قد يكون ارثاً وقد يكون حيازة ، كما لو اقتلعا شجرة أو اغترفا ماء[1] بآنية ، وقد

---

١) فى بعض النسخ : ماء دفعة بآنية .

ويصح مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لا يمتاز أحدهما عن الاخر .

ولا ينعقد بالابدان والاعمال .

ولو اشتركا كذلك كان لكل واحد أجرة عمله .

ولا أصل لشركة الوجوه والمفاوضة .

يكون مزجاً كما اذا امتزجت الاجزاء المتساوية المتصغرة بحيث لايمتاز جزء عن جزء كالادقة والادهان لا كالحنطة والذرة والدخن والسمسم والدراهم الجدد والعتق ، وقد تكون عقداً كما لو اشتريا سلعة في عقد أو باع أحدهما نصف سلعته المخالفة بنصف الاخرى ، كنصف الدار بنصف الخان أو نصف الفرس بنصف **الحمار .**

(الرابعة) انما قيد الاجتماع على وجه الشياع احترازاً عن اجتماع لايحصل فيه ذلك ، والمراد بالشياع أن لايفرض جزء الا وفيه حق لهما .

قوله: وتصح مع امتزاج المالين المتجانسين على وجه لايمتاز احدهما عن الاخر

لايتوهم أنه يلزم من قوله هذا انها لايتحقق الا مع الامتزاج، فان ذلك التوهم من باب دليل الخطاب وليس حجة .

وكذا عبارة الشيخ في الخلاف : لاتنعقد الشركة الا في مالين متساويين. فيها تساهل ، ومراده لاتنعقد الشركة في الاموال الا في مالين ـ الى آخره .

ثم الامتزاج قد يكون اختيارياً وهو ظاهر، وقد يكون قهرياً كما لو فعله غير المالك بغير اذنه .

قوله : ولا تنعقد بالابدان والاعمال ، ولو اشتركا كذلك كان لكل واحد أجرة عمله ، ولا اصل لشركة الوجوه والمفاوضة

الشركة أربعة أقسام :

(الاول) شركة العنان ، وهي المذكورة أولا ، وتلك هي المعتبرة شرعاً وصحتها اجماعية . وانما سميت بذلك لتساويهما في التصرف، كالفارسين اذا تساويا في السير، فان عنانيهما يكونان سواء . وقال الفراهي : مأخوذة من عن الشيء اذا عرض ، يقال عنت لي حاجة اذا عرضت ، وسميت الشركة بذلك لان كل واحد عنت له شركة صاحبه . وقيل من المعانة ، يقال عاننت فلاناً اذا عارضته بمثل ماله وفعاله ، وكل من الشريكين عارض صاحبه بمثل ماله وفعاله .

(الثاني) شركة الابدان والاعمال، وهما شيء واحد، وهي عقد لفظي يدل على تراضيهما واتفاقهما على اشتراكهما في حاصل الاعمال التي تصدر عنهما على حسب الشرط كالدلالين والحمالين والخياطين، سواء كانا متفقين في السبب كخياطين أومختلفين فيه كخياط ونساج .

وجوزها ابوحنيفة مطلقاً ، ومالك مع الاتفاق ، وجوز احمد في الصنائع ومنعها الشافعي . واتفقت الامامية على بطلانها ، فاما أن يتميز عمل كل واحد منهما فلكل منهما أجرة عمله أولا يتميز فالحاصل لهما يصطلحان .

(الثالث) شركة الوجوه ، ولها تفسيرات :

الاول ـ أن يشترك وجيهان فيبتاع كل منهما في ذمته الى أجل على أن ما يبتاعه كل واحد على انفراده يكون بينهما ويبيع كل منهما مااشتراه ويؤدي منه الثمن وما فضل بينهما .

الثاني ـ أن يبتاع وجيه في الذمة ويفوض مبيعه الى خامل والربح بينهما .

الثالث ـ يشترك وجيه لامال له وخامل ذومال، فالعمل من الوجيه والمال من الخامل وهوفي يدالخامل لايسلمه الى الوجيه .

الرابع ـ أن يبيع الوجيه مال الخامل بزيادة ربح ليكون بعض الربح له .

واذا تساوى المالان فى القدر فالربح بينهما سواء . ولو تفاوتا فالربح كذلك ، وكذا الخسران بالنسبة .

ولوشرط أحدهما فى الربح زيادة . فالاشبه : أن الشرط لايلزم .

ومع الامتزاج ليس لاحد الشركاء التصرف الا مع الاذن من الباقين .

ويقتصر فى التصرف على ماتناوله الاذن ولو كان الاذن مطلقاً صح .

وجوزها أيضاً ابوحنيفة والشافعي وابن الجنيد منا ، وحصل الاجماع بعده على بطلانها .

والتحقيق أنه ان حصل اذن كل لصاحبه أن يشتري لهما واشترى كذلك وقع الشراء لهما وتحققت الشركة في السلعة . هذا في التفسير الاول ، وأما الثلاثة فان الحاصل لرب المال وللاخر الاجرة .

(الرابع) شركة المفاوضة ، وهي عقد لفظي يدل على اتفاقهما على اشتراكهما في كل غنم وغرم يحدث لهما وعليهما ، بأن يقولا « اشتركنا شركة المفاوضة » أو « تفاوضنا » ، أو يوجب أحدهما بهذا اللفظ ويقبل الاخر . وجوزها ابوحنيفة أيضاً ، وهي عندنا وعند الشافعي ومالك واحمد باطلة .

وحجة أصحابنا على بطلان الجميع اجماعهم على ذلك أولا ، وعدم الدليل ثانياً ، وأنها غرر والغرر منهي عنه ثالثاً ، وأصالة بقاء حق كل واحد منهما على ملكه فانتقاله يحتاج الى دليل وليس رابعاً .

قوله: واذا تساوى المالان فى القدر فالربح بينهما سواء ، ولو تفاوتا فالربح كذلك وكذا الخسران بالنسبة ، ولوشرط احدهما فى الربح زيادة فالاشبه ان الشرط لايلزم

ولو شرط الاجتماع لزم .

وهى جائزة من الطرفين . وكذا الاذن فى التصرف .

وليس لاحد الشركاء الامتناع من القسمة عند المطالبة الا أن يتضمن ضرراً .

ولا يلزم أحد الشريكين اقامة رأس المال، ولاضمان على أحد الشركاء مالم يكن بتعد أوتفريط .

ظاهرهذاالكلام أن الشركة تكون صحيحة لكن الشرط غيرصحيح، بمعنى أنه لايجب الوفاء به . وهذا قول التقي ، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف[١] ببطلان الشركة والشرط ، اذ لادليل على صحة ما هذا شأنه .

وقال المرتضى بصحتهما ، واختاره العلامة[٢] محتجاً بعموم قوله « أوفوا بالعقود »[٣] وقوله « الا أن تكون تجارة عن تراض »[٤] ، والتراضي انما وقع على ما شرطاه ، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم[٥] .

ويقوى في نفسي أن المشروط له الزيادة ان كان مباشراً للعمل أوله خيرة زائدة، فالقول ما قاله المرتضى والافالقول ما قاله الشيخ، والالكان أكلا للزيادة

---

١) قال فى الخلاف ٢/١٤٠ : لايجوزان يتفاضل الشريكان فى الربح مع التساوى فى المال ولا ان يتساويا فيه مع التفاضل فى المال ومتى شرطا خلاف ذلك كانت الشركة باطلة .

٢) راجع المختلف ٢/٢١ .

٣) سورة المائدة : ١ .

٤) سورة النساء : ٢٩ .

٥) التهذيب ٧/٢٢ ، الكافى ٦/١٨٧ .

ولا تصح مؤجلة، وتبطل بالموت .

وتكره مشاركة الذمي، وابضاعه، وايداعه.

بالباطل، وهو خلاف الاية . وهذا مفهوم من كلام صاحب الوسيلة .

قوله : ولا تصح مؤجلة

قال الشيخان الشركة بالتأجيل باطلة، ومرادهما بالبطلان بطلان التأجيل لاالشركة، ولذلك قال المفيد بعدذلك: ولكل واحد من الشريكين فراق صاحبه وكذا قال التقي .

قال العلامة : والتحقيق أن للتأجيل فائدة، وهي منع كل منهما عن التصرف بعد الاجل الاباذن جديد وان لم يكن له مدخل في الامتناع من الشركة ولكل منهما الفسخ قبل الاجل .

قوله : وتبطل بالموت

مراده يبطل التصرف المأذون فيه، والا فالمال مشترك لهم يقسم فكيف تبطل الشركة .

كتاب المضاربة

وهي أن يدفع الانسان الى غيره مالا ليعمل فيه بحصة من ربحه. ولكل منهما الرجوع سواء كان المال ناضاً أو مشتغلا .

قوله :كتاب المضاربة

يقال مضاربة وقراض، فالاول لغة أهل العراق مأخوذ من الضرب في الارض وهو السفر فيها لانها تقع غالباً في السفر ، ومن قولهم ضرب مع أصحابه بسهم لان كلامن المالك والعامل يضرب في الربح بسهم . والثاني لغة الحجاز، اما من القرض، وهو القطـع ، لان صاحب المال اقتطع بعض ماله ودفعه الى العامل ، واما من المساواة كما يقال تقارض الشاعران اذا وازن كل منهما صاحبه بشعره ، فكأن المالك باخراج ماله وازن العامل بعمله .

قوله: وهي ان يدفع الانسان الى غيره مالا ليعمل فيه بحصة من ربحه

هنا فوائد :

(الاولى) اذا دفع الانسان الى غيره مالا ليعمل فيه بالاسترباح : فاما أن يشترط الربح فيه للمدفوع اليه فذاك قرض فـي المعنى ويكون المال مضموناً على القابض ، أويشترط الربح لنفسه خاصة دون العامل فذاك بضاعة ، فان قال

مع ذلك « ولا أجرة لك » فهوتوكيل في الاسترباح من غيررجوع عليه بأجرة وان قال « ولك أجرة كذا » فان عين عملا مضبوطاً بالمدة أوالعمل فذاك اجارة وان لم يعين فجعالة . وان سكت فان تبرع العامل بالعمل فلا أجرة له ، وان لم يتبرع وكان ذلك العمل له أجرة عرفاً فله أجرة مثله، أويشترط الربح مشتركاً فذاك أقسام :

« ١ » ـ أن يعين حصة العامل بالجزئية المعلومة كالنصف والثلث ، فذاك المضاربة الصحيحة .

« ٢ » ـ أن يعين حصة المالك خاصة وسكت عن قدرحصة العامل ، فذاك مضاربة فاسدة .

«٣» ـ أن يقول الربح مشترك بيننا فذاك مضاربة صحيحة ويقضي بالنصف لكل منهما . ومثله لوقال مشترك على التصفية .

«٤» ـ أن يقول لك منه ألف ولي ألف والباقي مشترك ، ففاسدة أيضاً لعدم الوثوق بحصول الزيادة فلااشتراك حينئذ .

« ٥ » ـ أن يقول لك ربح نصفه ، تردد الشيخ في الخلاف في ذلك[1] ، وحكي عن الشافعي البطلان وعن ابى حنيفة الجواز. ولم يفرق في المبسوط بين نصف ربحه وربح نصفه في الجواز، وبه أفتى المصنف في الشرائع[2] والعلامة في القواعد[3] .

والتحقيق أنه ان لم يعين النصف فهي صحيحة ، اذ لافرق بين العبارتين ،

---

١) قال في الخلاف ٢/١٩٩ : اذا قال خذ القراض على ان لك نصف ربحها صح بلا خلاف ، وان قال : على ان لك ربح نصفها كان باطلا .

٢) في الشرائع ١٢٩ : ولوقال لك نصف ربحه صح وكذالو قال ربح نصفه .

٣) في القواعد في آخر الشرط الرابع من شروط الربح من كتاب القراض : ويصح لوقال على ان لك ربح نصفه اونصفه ربحه .

ولا يلزم فيها اشتراط الاجل . ويقتصـر على ما تعين له من التصرف .

ولو أطلق ، تصرف في الاستثمار كيف شاء . ويشترط كون الربح مشتركاً .

وان عين نصفاً بعينه فذاك المعين له ربحه ويكون قرضاً والآخر بضاعة .

« ٦ » ـ أن يجعل لغلامه منه حصة والباقي بينهما ، أويقول مع ذلك « ولك حصة كذا » فتصح سواء عمل الغلام أولا ، ويراد بالغلام هنا المملوك .

« ٧ » ـ أن يجعل لاجنبي حصة والباقي بينهما، أويقول «ولك حصة كذا» فان كان الاجنبي عاملا فصح والافسد . وفيه وجه بالصحة لاعمل عليه .

(الثانية) المضاربة عقد لابد فيه من الايجاب من المالك، كقوله «قارضتك» أو« ضاربتك » أوما أدى معناه، والقبول من العامل كقوله « قبلت » أو «رضيت» وشبه ذلك ، وحينئذ في قول المصنف « وهي أن يدفع » تساهل .

(الثالثة) هذا العقد صحيح شرعـاً للاجماع والاحاديث ، وهو جائز مـن الطرفين لكل منهما الفسخ سواء كان المال ناضاً[1] وهو أن يكون دراهم أودنانير أومشتغلا وهو أن يكون به عروض، فان كان الفاسخ العامل ولم يظهر ربح فلاشيء له ، وان كان المالك فالحق أنه يضمن للعامل أجرة المثل الى ذلك الوقت، أما لو ظهر ربح في الصورتين فهو على الشرط لاغير .

قوله : ولو اطلق تصرف في الاستنماء[2] كيف شاء

---

١) في المصباح : واهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضاً وناضاً قال ابوعبيد انما يسمونه ناضاً اذا تحول عينا بعد ان كان متاعاً لانه يقال مانض بيدي منه شيء اي ماحصل.

٢) في المختصر النافع : في الاستثمار .

ويثبت للعامل ما شرط له من الربح مالم يستغرقه .

وقيل للعامل أجرة المثل .

المقصود بالذات من هذا العقد هو التصرف بالاسترباح ، فالمالك اما أن يعين له نوعاً من التصرف أو يطلق، فان كان الاول فاما ان يكون منافياً للاسترباح اولا، فان كان الاول فسدت المضاربة فان كان الثاني صحت واقتصر على ما أذن له ، وان أطلق له التصرف قال المصنف تصرف في الاستنماء كيف شاء وليس على اطلاقه بل مع مراعاة المصلحة لانه وكيل فى الحقيقة وفعل الوكيل منوط بها، وقال الشيخ في المبسوط والخلاف[1] لو قال رب المال تصرف فيه كيف شئت لم يكن له أن يشتري الا بنقد البلد بثمن المثل.

وفيه نظر ، لان المصلحة لو اقتضت الشراء بغير نقد البلد أو البيع بغيره أي مانع يمنع من ذلك ، أما الشراء بثمن المثل فانه لازم قطعاً لان الشراء بالزائد خلاف المصلحة . اللهم الا أن يمكن تصور مصلحة استقبالية ، فيكون حينئذ جائزاً .

قوله : ويثبت للعامل ما شرط له من الربح مالم يستغرقه وقيل للعامل اجرة المثل

الاول هو المشهور المفتى به . قاله الشيخ في المبسوط والخلاف وابن الجنيد وابن حمزة وابن ادريس وعليه أدلة عامة كقوله تعالى « أوفوا بالعقود »[2] كقوله: المؤمنون عند شروطهم[3] وخاصة وهي روايات كثيرة :

---

١) فى الخلاف ١٩٦/٢ : اذا دفع اليه مالاً قراضاً فقال له اتجر به اوقال له اصنع ماترى اوتصرف كيف شئت فانه يقتضى ان يشترى بثمن مثله نقداً بنقد البلد .

٢) سورة المائدة : ١ .

٣) التهذيب ٢٢/٧ ، الكافى ١٨٧/٦ .

وينفق العامل فى السفر من الاصل كمال النفقة مالم يشترطه .

منها : رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام في الرجل يعطي الرجل مالا مضاربة وينهاه أن يخرج به الى أرض أخرى فعصاه. فقال: هوله ضامن والربح بينهما اذا خالف شرطه وعصاه[1] .

ومنها : رواية الحلبي عن الصادق عليه السلام قال : المال الذي يعمل به مضاربة له من الربح وليس عليه من الوضيعة شيء الا أن يخالف أمر صاحب المال[2] .

والثاني قول الشيخ في النهاية والمفيد وسلار والقاضي والتقي، ولم نقف لهم على رواية تدل على مدعاهم ، وان كان قد وقف أحد على شيء فيمكن حمله على مضاربة فاسدة .

وان احتجوا بأن النماء يتبع الاصل وبأنها معاملة على مجهول ، أجبنا بأن الاصل يخالف للدليل والجهالة لاتضر كالمساقاة .

قوله : وينفق العامل فى السفر من الاصل كمال النفقة

هذا قول الشيخ في النهاية والخلاف وابن الجنيد وابن ادريس والقاضي وابن حمزة، واختاره العلامة متحجاً بأنه مشغول بالعمل في مال القراض، فكانت النفقة على المال كالعبد المستغرق وقته في خدمة سيده . وبمارواه علي بن جعفر عن أخيه الكاظم عليه السلام قال : في المضاربة ما انفق في سفره فهو من جميع المال واذا قدم بلده فما انفق فهو من نصيبه[3] .

---

١) التهذيب ١٨٧/٧ .

٢) التهذيب ١٨٧/٧ ، الاستبصار ١٢٦/٣ .

٣) التهذيب ١٩١/٧ ، الكافى ٢٤١/٥ وليس فيه «فهو» الفقيه ١٤٤/٣ بسند آخر.

وقال الشيخ في المبسوط : ان نفقته من ماله سفراً وحضراً، لانه دخل على أن يكون له من الربح سهم معلوم ، فليس له أكثرمن ذلك، لانه ربما لايربح المال اكثرمن هذا .

وعبارة المصنف تحتمل أمرين :

أحدهما ـ اختياره الاول ، لان قوله « كمال النفقة » يكون من باب اضافة الصفة الى موصوفها ، أي النفقة الكاملة .

وثانيهما ـ أن يريد أنه ينفق الزائد عن نفقة الحضر والباقي يكون من ماله .

واختار هذا بعض الفضلاء محتجاً عليه بأصالة بقاء مال المضاربة على ملك صاحبه خرج منه القدر المشترط للعامل من الحصة فيبقى الباقي على أصله فلا تكون النفقة منه . نعم الزائد باعتبار السفريكون منه، لانه كالاجرة اللاحقة بسبب الحمل وغيره .

وفيه نظر، لان الاصل يخالف للدليل ، فالحق اذاً الاول للرواية المذكورة فان « ما » من أدوات العموم، فتعم كل ما أنفقه في سفره. نعم دليل العلامة الاول قياس لانقول به ، وعلى تقدير القول به فكون المشترك المذكور علة ممنوع . سلمنا لكن الفرق حاصل، فان عمل العبد لخاصة سيده وعمل العامل مشترك .

وهنا فوائد :

(الاولى) على قول المبسوط لوشرط للعامل النفقة لزم، و[على] قول النهاية لوشرط عدمها لزم .

(الثانية) النفقة اللازمة بالسفر تعم المأكل والمشرب والملبس والمركب فما يفضل معه برده الى المال .

ولا يشترى العامل الا بعين المال .

ولواشترى فى الذمة وقع الشراء له والربح له .

ولو أمر بالسفر الى جهة فقصـد غيرها ضمن ،ولو ربح كان الربح بينهما بمقتضى الشرط .

(الثالثة) يراعى في ذلك الاقتصاد والاقتصار على نفقة أمثاله ، فلوأسرف حسب عليه الزائد .

(الرابعة) ليس المراد بالسفرهناالشرعي، وهومايجب فيه التقصيربل العرفي فلوأقام وأتم صلاة فله النفقة .

(الخامسة) لوانقضى غرضه سفراً فأقام لالضرورة فنفقة تلك المدة من خاصته .

(السادسة) لو كان معه مال آخر لنفسه أولغيره قسطت النفقة .

قوله : ولايشترى العامل الابعين المال ، ولواشترى فى الذمة وقع الشراء له والربح له

لاكلام أن اطلاق العقد يقتضي أن يشتري نقداً بعين المال [لانه لواشترى في الذمة فاما فى ذمته أوذمة المالك، والاول محال لاستحالة أن يملك الانسان شيئاً وثمنه على غيره ، والثاني يقتضي اثبات دين على المالك من غيرضرورة ، فلم يتناوله العقد مطابقة ولاتضمناً ولاالتزاماً ، ولان المضاربة انمـا وقعت على العين والدين غيرالعين ، فلواشترى في ذمة المالك اشترى بغيرمال المضاربة، لان المضاربة يقتضي التصرف في المال الذي وقع عليه عقدالمضاربة ولايقتضي التصرف في الذمة][1]، ولان خلافه غرروخطرفيكون منافياً للاسترباح المقصود

---

1) مابين القوسين ليس فى بعض النسخ .

وكذا لو أمره بابتياع شيء فعدل الى غيره .

وموت كل واحد منهما يبطل المضاربة .

هنا ، فلو اشترى كذلك واتفق تلفها انفسخ البيع والمضاربة وكان المبيع لمالكه سواء كان التلف قبل الشراء أوبعده .

ولو اشترى في الذمة فلايخلو اما أن يكون باذن رب المال أولا ، والثاني اما أن يضيف حال الشراء في العقد أنه لرب المال أولا ، والثاني اما أن ينوي الشراء لرب المال أولا، والثاني اما أن يطلق أوينوي لنفسه . فهنا اقسام خمسة :

« ١ » - أن يشتري بأذنه ، فيقع للمضاربة ويلزم أداء الثمن من مال المضاربة ، فلو تلف قبل التسليم من غير تفريط من العامل لزم المالك دفع بدله ويكون المالان مال قراض . وهو قول الشيخ في المبسوط ، وحكى فيه وفي الخلاف هنا أقوالا غير محصلة لافائدة بذكرها .

« ٢ » - أن يكون بغير اذنه ويضيف الشراء له لفظاً ، فهو كالفضولي ان أجاز فهو كالاول والا ابطل .

« ٣ » - بغير اذنه ولم يضف لفظاً بل نية ، فيقع للعامل ظاهراً .

« ٤ » - بغير اذنه وقيل مطلقاً ، فيقع له شرعاً .

« ٥ » - بغير اذنه وأضاف العامل الى نفسه ، فيقع له قطعاً .

وفي الاخيرين الربح له كله ولو دفع مال القراض فيهما ثمناً كان مضموناً عليه وفي الثالث لو دفع الثمن من مال القراض وأجاز المالك الشراء والدفع فالمبيع مال قراض والا فهو للعامل والثمن عليه .

قوله : وموت كل واحد منهما يبطل المضاربة

اذا كان الميت العامل ولم يظهر ربح فلا كلام في البطلان ولا شيء لوارثه

ويشترط في مال المضاربة أن يكون عيناً: دنانير أو دراهم. ولا تصلح بالعروض.

ولو قوم عروضاً وشرط للعامل حصة من ربحه كان الربح للمالك، وللعامل الاجرة.

وكذا اذا كان المالك ولم يظهر ربح ولاشيء للعامل. ولو ظهر ربح والحالة هذه كان للعامل قدر نصيبه، ويكون معنى بطلانها عدم جواز التصرف الا باذن الوارث وحينئذ هنا مسائل:

(الاولى) هل يصح تقرير الوارث للعامل أم لا؟ الحق ان كان المال نقداً صح وان كان عروضاً فلا.

(الثانية) فهل في صورة الجواز يصح بلفظ التقرير؟ الاولى لا.

(الثالثة) لانفقة للعامل من حين موت المالك، لحصول البطلان ظهر ربح أولا.

(الرابعة) لومات والعامل في بلد آخر أوفي بلده فسافر كان ضامناً علم بالموت أولا. وقال القاضي لاضمان لو كان في بلد غير صاحب المال فسافر وخص الضمان كانا سواء وكذا اذا لم يكن.

(الخامسة) لومات المالك والعامل في غربة فان وجد وكيلا للوارث سلمه اليه، فان تعذر فالحاكم، فان تعذر فنفقة. هذا مع اضطراره الى السفر، والا فلايجوز التسليم. ولوسلم كان ضامناً، وكذا لوخالف الترتيب في الاول.

قوله: ولاتصح(1) بالعروض

انما لاتصح لانه لايتميز الربح حينئذ، لانه ربما ترتفع قيمتها فيستغرق الربح

---

1) في المختصر النافع: ولا تصلح.

ولا يكفى مشاهدة رأس مال المضاربة مالم يكن معلوم القدر، وفيه قول بالجواز .

ولو اختلفا فى قدر رأس المال فالقول قول العامل مع يمينه .

أوتنقص قيمتها فيصير رأس المال ربحاً، فلووقع العقد على العروض كانت فاسدة والربح لرب المال وللعامل الاجرة ولانفقة له في سفره .

قوله : ولاتكفى مشاهدة رأس مال المضاربة مالم يكن معلوم القدر وفيه قول بالجواز

قال الشيخ في الخلاف واتباعه لابد من العلم به، وقال في المبسوط تبطل اذا لم يكن معلوماً[1] ، وحكى فيه عن قوم أنـه تكفي المشاهدة ويكون القول قول العامل في قدره، فان أقامابينتين فالحكم لبينة المالك لانه الخارج. ثم قال هذا هو الاقوى عندي .

ولعل القول المشاراليه هوهذا ، ومراد الشيخ بقوله « ويكون القول قول العامل في قدره » أنه شرط ذلك في العقد .

قال العلامة في المختلف : ماقواه الشيخ هو الأجود، لاصالة الصحة ولقوله عليه السلام : المؤمنون عند شروطهم ، وقد وجد شرط سائغ فيحكم به[2].

وفيه نظر ، لانه غيرمطابق ، لان الكلام في أصل العقد وقـد فسد والعقد غير الشرط .

وذكر الابى في كشفه ناقلا عن المصنف في الدروس أن القول للمرتضى والعهدة على الراوي .

---

١) فى ب : معلوم القدر .

٢) المختلف ٢/ ٢٥ .

ويملك العامل نصيبه من الربح بظهوره وان لم ينض .

ولا خسران على العامل الا عن تعد أو تفريط .

وقوله مقبول في التلف ، ولا يقبل في الرد الا ببينة على الاشبه .

قوله : ويملك العامل نصيبه من الربح بظهوره وان لم ينض١)

وقيل لا يملك الا بالانضاض. وتظهر الفائدة في العامل اذا اشترى أباه ، فان قلنا بالظهور فحال ما يحصل فيه ربح ينعتق عليه قدر نصيبه ويسعى الاب في الباقي(٢ وان قلنا بالانضاض فلا . واتفق القائلان أنه اذا ظهر الربح ومات العامل انتقل نصيبه الى وارثه .

قوله : ولا يقبل في الرد الا ببينة على الاشبه

وجه الاشبهية أنه مدع ، فيكون كغيره من المدعيين، فلا يقبل قوله الا ببينة وقال الشيخ في المبسوط يقبل قوله في الرد ، لانه أمين .

قلنا : أمانته ليست خالصة بل مشوبة بمنفعة نفسه كالمرتهن ، فلا يقبل قوله كالوكيل بجعل بخلاف من أمانته مشوبة بنفع نفسه كما في الودعى والوكيل تبرعاً ، فان قولهما مقبول لكن مع اليمين في الجميع .

---

١) اهل الحجاز يسمون الدراهم والدنانير نضاً وناضاً ، قال ابوعبيد انما يسمونه ناضاً اذا تحول عيناً بعد ان كان متاعاً .

٢) قال في التحرير ١/٢٧٨ : اذا اشترى العامل اباً نفسه فان لم يكن فيه ربح صح الشراء للقراض وجاز بيعه ، فان بيع قبل ظهور الربح فلا بحث وان بقي في يده حتى ظهر ربح وقلنا انه يملك الحصة بالظهور — وهوالاقوى — عتق عليه قدر ما ملكه ويستسعى العبد في الباقي وهل يقوم على العامل مع يساره ؟ قال الشيخ نعم : والاقرب انه يستسعى العبد وان كان العامل موسراً . وان اشتراه وكان فيه ربح فالوجه صحة الشراء أيضاً وان قلنا انه يملك الحصة بالقسمة لم ينعتق عليه نصيبه .

ولو اشترى العامل أباه فظهر فيه ربح عتق نصيب العامل من الربح وسعى العبد فى باقى ثمنه .

ومتى فسخ المالك المضـاربة صح وكان للعامل أجرته الى ذلك الوقت .

ولو ضمن صاحب المال العامل صار الربح له .

قوله : ولواشترى العامل اباه ـ الى آخره

قد تقدم مبنى هذه المسألة ، أما لواشترى أب المالك أوابنه مثلا للمضاربة فاما أن يكون بغيراذنه أوباذنه : والاول لاتصح لان عقد المضاربة وكالة في التجارة للاسترباح فيتناول الاذن في كل تصرف يمكن فيه الاسترباح ولو بالامكان الاستقبالي، ولاشيء من الاب يمكن فيه ذلك فلايتناوله الاذن.وهل يكون موقوفاً على الاجازة ؟ قيل لا لانه أمر بمنافيه، لان الامر بمافيه الاسترباح ينافيه ما لايمكن فيه الاسترباح ، والامربالشيء نهي عن منافياته أومستلزم لها . وقيل بل يقف ، لانه فضولي وعقد الفضولي موقوف على الاجازة .

والثاني كما اذا قال « اشترابى بهذا المال » ، فاذا اشتراه ملكه المالك في آن ثم انعتق عليه بعده، فمن حين ما وقع عليه الشراء وجد علة منافية للمضاربة فانفسخت وبطلت ، وكلما أبطل المالك المضاربة لزمه أجرة المثل كما تقدم ، فيلزم المالك حينئذ أجرة المثل للعامل سواء كان فيه ربح أولا .

قوله : ولوضمن صاحب المال العامل صار الربح له

ضمن بتشديد الميم أي جعله ضامناً، فان بذلك يصير المال قرضاً على العامل فيكون ملكاً له فربحه له .

ولا يطأ المضارب جارية القراض ،ولو كان المالك أذن له . وفيه رواية بالجواز متروكة .

قوله : ولايطأ المضارب جارية القراض ولوكان المالك اذن له ، وفيه رواية بالجواز متروكة

المضارب بكسر الراء هو العامل، وأما المالك فلم يشتق له من المضاربة اسم. نعم اشتق له من القراض اسم، فيقال لرب المال مقارض بكسر الراء وللعامل مقارض بفتحها .

اذا عرفت هذا فلو اشترى العامل جارية من مال القراض: فاما أن يظهر فيها ربح أولا ، فان كان الاول فاما أن نقول يملك بالظهور فلايجوز له وطأها وان اذن المالك الا أن نقول بصحة الوطي باباحة الشريك فيجوز هنا ، وسيأتي انشاء الله تحقيق هذه المسألة . وان قلنا لايملك بالظهور أولم يظهر ربح أصلا فيصح وطيها باذن المالك له بعد الشراء ، لانها اباحة صدرت من أهلها في محلها.

أما لو اذن له قبل الشراء فلايصح، لانه لم يصادف ملكاً ولا ينوض عقداً وحل الفرج منحصر في العقد أو الملك .

ونقل عن الشيخ جواز الوطى بالاذن السابق اعتماداً على الرواية المشار اليها، وهي ما رواها الكاهلي عن ابى الحسن عليه السلام قال : قلت رجل سألني أن أسألكم أن رجلا أعطاه مالا مضاربة يشتري له ما يرى من شيء وقال: اشتر جارية تكون معك والجارية انما هي لصاحب المال ان كان فيها وضيعة فعليه وان كان فيها ربح فله للمضارب أن يطأها . قال : نعم[1] .

قال المصنف : ان الرواية متروكة .

---

١) التهذيب ٧/ ١٩١

ولايصح المضاربة بالدين حتى يقبض .

ولوكان في يده مضاربة فمات ، فان عينها لواحــد بعينه أو عرفت منفردة والا تحاص فيه الغرماء .

أقول : لاشك أن كلام المصنف هنا خال عن ضبط أقسام هـذه المسألة ، لان ظاهره أنه لايجوز وطي جارية القراض وان أذن المالك ، ولم يقيد الاذن بكونه قبله أو بعده ولا يكون الربح ظهرأولا ، وقد عرفت ما ذكرنا من أقسام المسألة .

ثـم قوله « وفيه رواية بالجواز متروكة » يدل على أن الرواية تـدل على نقيض ما ذكره ، ولاشك أن الرواية ليس فيها دلالة على ذلك .

أماأولا ـ فلانه ليس فيها اذن في الوطي،لان قوله «اشترجارية تكون معك» ليس فيه تصريح بالاذن ، لان كونها معه لايستلزم وطيها .

وأما ثانياً ـ فلان السائل لم ينبه على الاذن في سؤاله، بل قال « فللمضارب أن يطأها » ولم يقل بالاذن السابق أوبالاذن المذكور .

وأما ثالثاً ـ فلانا ولوسلمنا دلالتها على الاذن في الوطي لكن ليس فيهـا دلالة على أنها مال مضاربة، لانه قال « والجارية انما هي لصاحب المال ان كان فيها وضيعة فعليه وان كان فيها ربح فلـه » ، وذلك صريح فـي أنها ليست مال مضاربة، لان مال المضاربة لايختص المالك بربحه وعلى تقدير كونها مال مضاربة تبطل المضاربة ، لاشتراطه الاختصاص بربح بعض المال .

واذا كان هذا حال الرواية فكيف تكون حجة هنا . هذا مع أن في طريقها سماعة ، فهي حقيقة بالاعراض عنها طريقاً ومفهوماً .

قوله : ولاتصح المضاربة بالدين حتى يقبض

لاخلاف في ذلك فأحكيه . نعم قال الشيخ في المبسوط : لوقال للمديون «اقبض لي الدين من نفسك وأفرده من مالك فاذا فعلت ذلك فقدقارضتك عليه» لم يصح القبض ولم ينفع التمييز وذمته مشغولة كما كانت ، والمال المميز باق على ملك المديون ، لان الانسان لا يكون وكيلا لغيره في القبض له من نفسه.

قال العلامة : الوجه عندي صحة التوكيل وصحة الافراد، وأما القراض فلا شك في بطلانه .

أقول : لاشك أنه اذا لم يكن وكيلا في مقارضة نفسه يكون القراض باطلا لتعليقه على الشرط ولعدم المال حال العقد . وأما لو كله في عقد القراض مع نفسه وعين له مقدارما يجعل لنفسه فأي مانع يمنع من صحة ذلك اذاقبض وأوقع العقد مع نفسه كما أمره .

كتاب المزارعة والمساقاة

أما المزارعة : فهي معاملة على الارض بحصة من حاصلها .

وتلزم المتعاقدين ، لكن لو تقايلا صح ولاتبطل بالموت .

وشروطها ثلاثة :

(١) أن يكون النماء مشاعاً ، تساويا فيه أو تفاضلا .

(٢) وأن تقدر لها مدة معلومة .

(٣) وأن تكون الارض مما يمكن الانتفاع بها .

قوله :كتاب المزارعة [والمساقاة] :

الاولى مفاعلة من الزرع ، وقد يسمى مخابرة من الخبار[١]. وهي الارض اللينة .

والثانية مفاعلة من السقي ، سميت بذلك لكثرة احتياجهم الى ذلك في الحجاز .

قوله : المزارعة فهي معاملة على الارض بحصة من حاصلها

---

١) في المصباح : خبرت الارض شققتها للزراعة فانا خبير ، ومنه المخابرة وهي المزارعة على بعض مايخرج من الارض .

قوله « معاملة » يشمل الاجارة ، وبقوله « بحصة من حاصلها » خرجت . وكان ينبغي ذكر أمور : أحدها معلومية الحصة بالجزء كالثلث مثلا ، وثانيها مشاعيتها في كل مايحصل ، وثالثها تقدير المدة .

فصـورة عقدها الصحيح اجماعاً أن يقول مالك الارض « زارعتك على هذه الارض مدة كذا لتزرع فيها كذا أو ماشئت على أن يكون لك النصف مثلا من جميع حاصلها بعد المؤن » ، فيقول العامل « قبلت » أو « رضيت » وماعدا ذلك أقسام :

(الاول) تجهيل الحصة كجزء أونصيب ، فيبطل العقد .

(الثاني) عدم ضبط المدة ، فيبطل أيضاً .

(الثالث) تعيين الحصة لا بالجزء بل بالوزن المعلوم كألف رطل مثلا سواء كان الباقي بينهما أولا ، فانه يبطل أيضاً على الاقوى ، لجواز أن لايحصل غير ذلك المعين فيحصل الانغبان والضرر والخطر، ويظهر من كلام العلامة في المختلف جواز ذلك .

(الرابع) تعيين الحصة المشاعة لكن بعد اخراج البذر، قال الشيخ يصح ذلك . والفتوى على خلافه، لجواز أن لايفضل شيء بعد البذر فيحصل الغرر.

(الخامس) لو زارع على أن يكون الحاصل قدر معلوم في ذمة المالك ولا ينسبه الى حاصل الارض . قال الشيخ وابن حمـزة يجوز ذلك على كراهية ، قال العلامة ان قصدا المزارعة فهو ممنوع وان قصدا الاجارة فهو حق .

وفي كلامه تساهل، لان ترديده لاوجه له، لان الظاهر أن مرادهم المزارعة، اذلو قصدا الاجارة لماكانت مكروهة، لان اجارة العامل نفسه بالحنطة أوالشعير أوبغيرهما لم يقل أحد بكراهته . نعم اجارة الارض للمزارعة بالحنطة أوالشعير مكروهة كما يأتي . فالحق حينئذ بطلان هذا الحق ، ولا تصح مزارعة لكون

وله أن يزرع الارض بنفسه وبغيره ومع غيره الا أن يشترط عليه زرعها بنفسه ، وأن يزرع ماشاء الا أن يعين له .

وخراج الارض على صاحبها الا أن يشترط على الزارع . وكذا لو زاد السلطان زيادة .

ولصاحب الارض أن يخرص على الزارع ، والزارع بالخيار في القبول ، فان قبل كان استقراره مشروطاً بسلامة الزرع .

وتثبت أجرة المثل في كل موضع تبطل فيه المزارعة .

وتكره اجارة الارض للزراعة بالحنطة أو الشعير .

الاجرة في الذمة ولا اجارة لعدم الاتيان بلفظها وشرائطها .

قوله : ولصاحب الارض أن يخرص على الزارع ـ الى آخره

تقدم في باب الثمار كلام الشيخ وابن ادريس ، فلاحاجة الى اعادته . نعم قال العلامة انه صلح وجاز مع الجهل ، لان الجهالة لاتنافي عقد المزارعة .

واستشكل ان الزائد اباحة أم لا : من حيث عدم الفائدة لولم يكن مباحاً فلايفتقر الى عقد جديد مملك ، ومن أنه عقد فاسد فيحتاج الى اباحة جديدة .

هذا كله اذا لم نقل بمقالة الشيخ .

قوله : وتكره اجارة الارض للزراعة بالحنطة أوالشعير

لاتخلو هذه الاجارة اماأن تقع مقيدة بما يخرج من تلك الارض فذلك لا يجوز قطعاً ، لرواية الفضيل بن يسار عن الصادق عليه السلام[1] ، واما أن يقع مطلقة أوبقيدكون ذلك من غيرها ، وكلاهما جائز على كراهية .

---

١) التهذيب ١٩٥/٧ ، الكافي ٢٦٥/٥ ، الاستبصار ١٢٨/٣ .

وأن يؤجرها بأكثر مما استأجرها به الا أن يحدث فيها حدثاً، أو يؤجرها بغير الجنس الذى استأجرها به .

وأما المساقاة : فهي معاملة على الاصول بحصة من ثمرها . ويلزم المتعاقدين كالاجارة .

وقال القاضي انه كالاول ، محتجاً برواية الحلبي عن الصادق عليه السلام صحيحاً قال : لاتستأجر الارض بالحنطة ثم تزرعها حنطة[1].

وأجيب بالحمل على الكراهية أوبالحمل على ما يخرج منها .

قوله : وان يوجرها باكثر مما استاجرها به الا ان يحدث فيها حدثاً اويؤجرها بغيرالجنس

الكراهية مذهب المفيد وسلار وابن ادريس لروايات كثيرة ، وقال الشيخ في النهاية[2] بالمنع، لما رواه عن الصادق عليه‌السلام: اذا تقبلت أرضاً بذهب أوفضة فلاتقبلها بأكثر مما تقبلتها[3].

أجيب بالحمل على الكراهية جمعاً بين الروايات .

قوله : واما المساقاة فهى معاملة على الاصول بحصة من ثمرها

العقد الصحيح هنااجماعاًأن يقول المالك للعامل « ساقيتك على هذا البستان أوالبستان الفلاني مدة كذا على أن تعمل فيه كذا ويكون لك من ثمرته الثلث

---

١) التهذيب ١٩٥/٧ ، الكافى ٢٦٥/٥ ، الاستبصار ١٢٨/٣ .

٢) النهاية ٤٣٩ : ومن استأجر ارضاً بالنصف اوالثلث او الربع جاز له ان يوجرها غيره بأكثرمن ذلك واقل، وان استأجرها بالدراهم والدنانير لم يجز له ان يوجرها بأكثر من ذلك الا ان يحدث فيها حدثاً ـ الى ان قال ـ : ومتى استأجرها بالحنطة والشعير جاز له ان يوجرها بالدراهم والدنانير بما شاء .

٣) الكافى ٢٧٣/٥ ، التهذيب ٢٠٤/٧، الاستبصار ١٣٠/٣ ، الوسائل ٢٦١/١٣ .

أو الربع » بحسب ما تراضيا عليه ، فيقبل العامل . ويشترط في الصحة ماتقدم في المزارعة .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) لوساقاه على بستان على أن يساقيه على آخر ، قال الشيخ في المبسوط لايصح ، والحق الصحة لانه أمرمشروع فجاز اشتراطه .

(الثانية) قال ابن الجنيد : لاأجيز ايقاع المساقاة على قطع متفرقة مختلفة في مشقة العمل صفقة واحدة . والحق خلافه اذا كان العمل معلوماً .

(الثالثة) قال الشيخ في المبسوط : اذا ساقاه بالنصف على أن يعمل رب المال معه فالمساقاة باطلة ، لان موضوعها أن من رب المال المال ومن العامل العمل كالقراض . والحق الصحة ، كما لوشرط أن يعمل معه غلامه وأن يكون على المالك بعض العمل ، وهذا كذلك بل هونفسه .

(الرابعة) بستان بين اثنين ساقى أحدهما الاخرعلى أن له أزيد من النصف وعين الزائدصح ، وان شرط النصف أومادون بطل ، لانه مساقاة بغير عوض فلوعمله كانت الثمرة نصفين .

قال الشيخ في المبسوط : وللعامل أجرة المثل ، وقال العلامة لاشيء لانه دخل على ذلك .

(الخامسة) المشهور أنه لابد من المدة المعينة هنا، وقال ابن الجنيد يصح وان لم يحصر المدة، بل اذا ضبطت بالثمرة فان ذلك يغني عن الاجل ، محتجاً برواية يعقوب بن شعيب عن الصادق عليه السلام : سألته الرجل يعطي الرجل أرضه فيها الرمان والنخل فيقول اسق من هذا الماء واعمره ولك نصف ماخرج. قال : لابأس[1] .

---

١) التهذيب ١٩٨/٧، الكافي ٢٦٨/٥ واللفظ للتهذيب .

ويصح قبل ظهور الثمرة وبعدها اذا بقى للعامل عمل فيه المستزاد .

ولاتبطل بموت أحدهما على الاشبه الاأن يشترط تعيين العامل.

وتصح كل على أصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه .

وأجيب : بأن نفي البأس على تقدير ضبط المدة أوعلى وجه المراضاة لا اللزوم .

قوله : ولايبطل بموت احدهما على الاشبه لاصالة اللزوم

وخالف الشيخ في ذلك وحكم بالبطلان كالاجارة ، وسيأتي تمام البحث فى الاجارة . ونقول هنا : اذا ماتامعاً قام ورثة كل واحد مقام مورثهم فيما يجب عليه ، وان مات المالك قام العامل بما يجب عليه ، وان مات العامل فان قام الورثة بالعمل فلهم ذلك والاا ستأجر الحاكم من التركة من يقوم بتمام العمل .

هذا كله مع الاطلاق، أما مع اشتراط تعيين العامل فانها تبطل لومات ويكون لورثته أجرة ما سلف اذا لم تطلع الثمرة ومعه تكون مشتركة .

قوله : وتصح على كل اصل ثابت له ثمرة ينتفع بها مع بقائه

هنا فوائد :

(الاولى) يحترز بقوله أصل ثابت عن مثل البقل والرطبة[1] ، خلافاً للشيخ فانه قال بجواز المساقاة على البقل الذي يجز[2] مرة بعد أخرى، نظراً الى أن كل

---

١) الرطبة بفتح الراء : روضة النصفصة مادامت خضراء وقيل : هي النصفصة نفسها وجمعها رطاب .

٢) الجز : القطع فى الصوف وغيره، واجز البر والشعير بالالف حان جزازه اى حصاده .

ويشترط فيها المـدة المعلومة التى يمكن حصول الثمرة فيها غالباً .

ويلزم العامل من العمل ما فيه مستزاد الثمرة .

وعلى المالك بناء الجدران وعمل النواضح ، وخراج الارض الا أن يشترط على العامل .

ماله فائدة نافعة يقال له ثمرة ، فيصح على البقول لان أصولها لها فائدة .

(الثانية) لاتصح المساقاة على الغرب[1] وشبهه ، اذلا ثمرة له .

(الثالثة) هل تصح على الحناء والتوت والورد ؟ اشكال من صدق الثمرة بالمعنى المذكور ، ومن أصالة عدم الصحة لانها معاملة على مجهول، فيقتصر على محل الوفاق .

(الرابعة) لايشترط وجود الثمرة بالفعل بل يكفي ولو بالامكان الاستقبالي ، فلوساقاه على ودى[2] أول غرسه صح مع تقدير المدة بما يمكن فيه اطلاعه غالباً وان لم يطلع .

قوله: ويشترط فيها المدة المعلومة

تقدم الخلاف في ذلك من ابن الجنيد ، فلاحاجة الى اعادته .

قوله: ويلزم العامل من العمل ما فيه مستزاد الثمرة وعلى المالك بناء الجدران وعمل النواضح وخراج الارض

ما يجب على العامل له ضابطان :« ١ » ما فيه مستزاد الثمرة ، « ٢ » ما كان

---

١) الغـرب بالتحريك : ضرب من الشجر ، واحدته غربة وهو « الا سبيـد دار » بالفارسية .

٢) الودى بالياء المشددة : هوصغار النخل قبل ان يحمل ، الواحدة ودية ، ومنه لو ساقاه على ودىغير مغروس ففاسد .

ولابد أن تكون الفائدة مشاعة ، فلو اختص بها أحـدهما لم يصح . وتملك بالظهور .

واذا اختل أحدشروط المساقاة كانت الفائدة للمالك ، وللعامل الاجرة .

ويكره أن يشترط المالك مع الحصة شيئاً من ذهب أوفضة . ويجب الوفاء به لو شرط مالم تتلف الثمرة .

متكرراً كل سنة . ومايجب على المالك له أيضاً ضابطان: « ١ » مايفتقرالى بذل المال ، « ٢ » مالا يتكررغالباً ويعد في الاصول .

واختلف في أمور :

(الاول) الكش[١] ، قال الشيخ على المالك ، وقواه العلامة لاصالة براءة ذمة العامل ولانه عين ، والذى يجب على العامل العمل . وقال ابن ادريس انه على ، العامل ونسب الاول الى بعض المخالفين[٢] .

(الثاني) قال ابن ادريس يلزم العامل مع الاطلاق آلات السقي من الدلاء والنواضح والبقر ، وقال الشيـخ لايلزمه ذلك مع الاطلاق بل مع الشرط ، واختاره العلامة .

(الثالث) قال ابن الجنيد : اذا بلغت الثمرة حالا يأمـن عليها الفساد كان العامل شريكاً ، فلايلزمه حينئذ من العمل الابقسطه الامع الشرط . وقال الشيخ:

---

١) الكش بضم الاول وتشديد الشين : الذى يلقح به النخل .

٢) قال في المختلف : وهو خطأ من ابن ادريس ، فان الشيخ أجل من ان يقلد مؤالفاً فكيف يقلد مخالفاً ، وقوله « لادليل عليه » خطأ ، فان الدليل قائم وهو أصالة البراءة ولان العامل يجب عليه العمل لاغير وهذا عين مال فلا يجب عليه .

يلزم العامل مع الاطلاق جميع مافيه صلاح الثمرة وان بلغت ذلك المبلغ من لقاط وتشميس وجداد ونقل وحفظ الى وقت القسمة الامع الشرط، والاول قوي[1].

(الرابع) قال الشيخ : اذا شرط أن تكـون أجرة الاجراء من الثمرة فسد العقد ، لان وضع المساقاة أن من المالك المال ومن العامل العمل ، فاذا كانت أجرتهم على المالك لزم أن يكون من المال والعمل معاً . وهو باطل .

وهذا مسلم اذا فوض العامل العمل كله الى الاجراء ، وأما اذا عمل بعضاً واستأجر في بعض صح العقد، كما اذا شرط أن يكون بعض العمل على المالك نعم يشترط تعيين ما يعمل بنفسه ومايستأجر فيه لئلا يفسد العقد .

(الخامس) قال ابن الجنيد : ليس لصاحب الارض أن يشترط على العامل احداث أصل يأتي به من غرس أو حفر بئر ولا يكون للعامل في ثمرته شيء ولو جعل له على ذلك عوضاً في قسطه ، لان ذلك بيع الثمرة قبل خروجها. هذا عبارته ، وأطلق الشيخ في المبسوط جواز اشتراط بعض ما يلزم المالك على العامل ، واختاره العلامة[2].

---

١) في ب : اقوى.

٢) راجع المختلف ٢/١٤.

كتاب الوديعة والعارية

أما الوديعة : فهى استنابة فى الاحتفاظ . وتفتقر الى القبول قولا كان أو فعلا . ويشترط فيهما الاختيار .

قوله : كتاب الوديعة والعارية

الوديعة مأخوذ من ودع يدع اذا سكن واستقر، وقال الكسائي يقال أودعته اليه مالا أي دفعته يكون وديعة عنده ، وأودعته أيضاً اذا دفع اليك مالا يكون وديعة عندك فقبلتها . وهومن الاضداد . واستودعته وديعة أي استحفظته اياها ، قال الشاعر :

استودع العلم قرطاس فضيعها   فبئس مستودع العلم القراطيس

والعارية مأخوذة من عارالشيء يعير: اذا ذهب وجاء ، وشددت الياء لأنها منسوبة الى العارة ، وهو اسم من قولك أعرته المتاع اعارة . فالعارة الاسم والاعارة المصدر .

وقال الجوهري : العارية بالتشديد كأنها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب . قال : والعارة مثل العارية ، واستعاره ثوباً فأعاره .

قوله : أما الوديعة فهى استنابة فى الاحتفاظ

وتحفظ كل وديعة بما جرت به العادة .

ولو عين المالك حرزاً اقتصر عليه، ولو نقلها الى أدون أو أحرز ضمن الا مع الخوف.

يريد أنها استنابة في الاحتفاظ لاغير ، والا فالوكالة والمضاربة والاجارة استنابة أيضاً في الاحتفاظ لكن مع التصرف .

قوله : ويحفظ كل وديعة بما جرت به العادة

أي في عرف العقلاء في المعاش ، فان النقد لايوضع في الاصطبل والدابة لاتوضع في البيت الداخل .

قوله: ولوعين المالك حرزاً اقتصر عليه ، ولو نقلها الى أدون أو احرز ضمن الا مع الخوف

اذا لم يعين المالك حرزاً فقل كما قلنا أولا من جعلها فيما جرت العادة به، وان عين فاما أن يقول مع ذلك « لاتخرجها منه » أولايقول ، فالاول لايجوز اخراجها الى مساو بل ولا الى احرز اجماعاً ، فلو فعل ضمن الا أن يطرأ خوف أو سبب تلف . والثاني ان نقلها الى أدون ضمن ، وكذا لونقلها الى مساو او احرز عند المصنف .

وبه قال العلامة محتجاً : بأن الامر بالشيء يستلزم النهي عن ضده ، والاكوان متضادة فأمره بالكون في موضع معين يستلزم النهي عن الكون في غير ذلك الموضع .

وقال الشيخ في المبسوط : اذا نقلها الى مماثل لم يضمن ويلزم أنه لونقل الى أحرز لم يضمن أيضاً بطريق الاولى، محتجاً بأن صاحبها قد رضي بأن تكون في ذلك الموضع وما هو مثله ، كمالو استأجر أرضاً ليزرعها طعاماً فان له أن يزرع ما يكون مماثلا في الضرر .

وهي جائزة من الطرفين . وتبطل بموت كل واحد منهما .

وقـوى بعضهم قول الشيخ بأن خصوصيه المكان المأمور به اما أن تكون مثل خصوصية المكان الاخر في حفظ الوديعة أولا ، والثاني خلاف الفرض لانهما حينئذ غير متماثلين ، والاول لايتعلق به غرض المالك لان أقوال العقلاء وأفعالهم يجب أن تحمل على الاغراض الصحيحة .

كيف ، ولولزم الضمان بنقلها الى مكـان مثله لزم الضمان بتحريكها الى حرز ملاصق للحرز المأمور به ، لعين ما قاله العلامة ، وهو أمر شنيع موجب للجرح .

ويرد على قوله « ان الامر انما يستلزم النهي المذكور » لولم يغفل الامر حال الامرعن ضده. فلم قلتم أنه لم يغفل سلمنا لكن على تقدير كون الامرمقيداً بالدوام أو بأمد معين يكون مستلزماً لكنه غير محل النزاع ، اذ النزاع فيما اذا أطلق الامر ولم يقيد . وحينئـذ نقول : انه مستلزم النهي في زمان يحصل فيه الامتثال ، وهو أقل جزء من الزمان ، فجاز الاتيان بضده في غير ذلك الزمان ، كما أنه اذا أمره بالقعود في مكان مطلقاً فامتثل آناً ثم انتقل الى غيره فانه يعد ممتثلا. فكذا هنا ، فان الودعى وان لزم نهيه عن الجعل في غير المأمور لكن لا دائماً بل في زمان حصول الامتثال ، فجاز جعله في مكان آخر بعده .

ان قلت : ان الامر وان كان مطلقاً لفظاً لكنه مقيد بأمد ارادة ، وهو من وقت التسليم الى وقت المطالبة .

قلت : ان أردت أن الامر المقيد بالامد المذكور في المكان المأمور به فهو نفس النزاع ، وان أردت أعم من أن يكون في ذلك المكان أو غيره فهو غير مانع ، لانه عين مدعى الشيخ .

قوله : وتبطل بموت كل واحد منهما

ولوكانت دابة وجب علفها وسقيها ، ويرجع به على المالك .

والوديعة أمانة لايضمنها المستودع الا مع التفريط أو العدوان.

ولو تصرف فيها باكتساب ضمن ، ، وكان الربح للمالك .

ولا يبرأ بردها الى الحــرز . وكذا لو تلفت في يده بتعد أو تفريط فرد مثلها الى الحرز .

معنى بطلانها خروجها عـن حكم الاستيمان الاول وتصير أمانة شرعية، وتترتب عليها أحكام :

« ١ » ـ وجوب المبادرة الى أعلام الوارث لولم يكن عالماً .

« ٢ » ـ عدم قبول قول الودعي في الرد .

« ٣ » ـ لوكان الميت المستودع وجب على الوصي أو الوارث المبادرة الى اعلام المالك .

«٤» ـ لوكان المالك قدرضي بحرزأدون ثم مات وتعذراعلام وارثه وجب المبادرة الى جعلها في حرزأمثالهما .

«٥» ـ لوكان المالك قد وكل فيقبضها ثم مات قبل التسليم لم يجزالتسليم الىالوكيل لبطلان وكالته .

واعلم أن في حكم الموت خروج المالك عن أهلية التكليف والتصرف كما اذا طرأعليه جنون أواغماء أوسفه أوفلس ، فيجب اعلام الحاكم حينئذ .

قوله : والوديعة امانة لايضمنها المستودع الامع التفريط أوالعدوان

التفريط اهمال سبب الحفظ ، والعدوان مخالفة المالك فيما أمربه .

قوله : ولوتصرف فيها باكتساب ضمن وكان الربح للمالك

التصرف فيالوديعة بالاكتساب أن يدفعها عوضاً عنعين مبتاعة للاسترباح

وهذا لايخلو : اما أن يقع العقد على العين، بأن يبيعه هذه بهذه، أويقع على ما في الذمة ، بأن يشتري سلعة بثمن معين مطلق ثم يدفع الوديعة قضي عن ذلك الثابت في ذمته .

فهنا يكون الملك للمستودع والربح له وعليه ضمان المدفوع ، والاول يكون العقد موقوفاً على اجازة المالك ، فان أجاز فالملك والربح له والا كان البيع فاسداً في نفسه وربح كل ملك لمالكه .

هذا تحقيق هذه المسألة، فقول المصنف ضمن و كان الربح للمالك و كذلك قول الشيخين والتقي والقاضي وسلار فيه مساهلة، وليس على اطلاقه بل ينصب على صورة شرائه بالعين ويجيز المالك .

وأما رواية مسمع عن الصادق عليه السلام قال : قلت له : اني استودعت رجلا مالا فجحدنيه وحلف لي عليه ثم أنه جاءني بعد سنتين بالمال الذي استودعته اياه فقال : هذا مالك فخذه وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك واجعلني في حل ، فأخذت المال وأبيت أن آخذ الربح منه وأوقفته المال الذي كنت استودعته أتيتك حتى استطلع رأيك فماترى. قال: فخذ نصف الربح منه واعطه الباقي وحله ، ان هذا الرجل تائب والله يحب التوابين[1].

فقد دلت على أمور :

« ١ » ـ أن الحالف اذا تاب واعترف بالمال جاز أخذه .

« ٢ » ـ صحة عقود الغاصب مع اجازة المالك .

« ٣ » ـ استحباب اعطائه نصف الربح وجعل ذلك كالمضاربة . وانما قلنا بالاستحباب لتعليله عليه السلام بأنه تائب والله يحب التوابين .

والشيخ عمل بهذه الرواية في الدين ، أي لو كان المجحود ديناً . وهو مع

١) التهذيب ٧/١٨٠ ، الوسائل ١٣/٢٣٥ .

بل لا يبرأ الا بالتسليم الى المالك أو من يقوم مقامه .

ولا يضمنها لو قهره عليها ظالم ، لكن ان أمكنه الدفن وجب .

ولو أحلفه أنها ليست عنده حلف موريا . وتجب اعادتها الى المالك مع المطالبة .

بعده خلاف منطوق الرواية .

وقال ابن الجنيد : لوتعدى فيها بالتجارة كان الربح لصاحب المال، الا أن يكون صاحبها خيره على أنه ضمنه اياه ولوخيره على ذلك ولم يتجرفيها ولا انتفع بها ولاتعدى لم يلزمه ضمانه اياها .

قال العلامة : ولابأس بهذا القول ، لان التضمين وان لم يكن لازماً الاأنه يفيد الاذن في التصرف، وحينئذ يكون الربح للودعى، لانه في الحقيقة استدانة[1] وما قاله حسن ، وقد تقدم في المضاربة مثله .

قوله : ولايضمنها لوقهره عليها ظالم لكن ان امكنه الدفع وجب

هذا هو المشهور والمفتى به، كما اذا خاف لو لم يدفعها حصول قتل أوضرب أوذهاب مال .

وقال التقي ان سلمها بيده ضمن وان خاف التلف . وهوممنوع ، لاصالة البراءة وحصول الضرر بترك التسليم ، والضرر منفي بالحديث .

قوله : وتجب اعادتها على المالك مع المطالبة

ويكون ذلك على الفور ، ولايصح معها الاشتغال بعبادة واجبة موسعة . ولوفعل كان ضامناً للوديعة ، حتى أنه لو كان كافراً وجب الرد اليه .

نعم قال التقي ان كان المودع حربياً وجب على المستودع أن يحمل ما أودعه الى سلطان الاسلام العادل. وهوحسن، ولاينافيه رواية الفضيل عن الكاظم

---

1) راجع المختلف ١/١٦٧ .

ولو كانت غصباً منعه وتوصل فى وصولها الى المستحق .

ولوجهله ، عرفها كاللقطة حولا ، فان وجده والا تصدق بها عن المالك ان شاء . ويضمن ان لم يرض .

عليه السلام[1] وجوب ردها على الخارجي ، لان الخارجي أظهر كلمة الاسلام فلايحل ماله .

قوله: ولو كانت غصباً منعه وتوصل فى وصولها الى المستحق، ولوجهله عرفها كاللقطة حولا فان وجده والاتصدق بها عن المالك ان شاء ويضمن ان لم يرض

هذا قول الشيخ معتمداً على رواية حفص بن غياث عن الصادق عليه السلام[2] وهو ضعيف ، لكن النظر يؤيد روايته ، فانه مال مجهول المالك فيكون لقطة فيعمل به ما يعمل بها .

وقال المفيد وسلار : اذا لم يعرف المالك أخرج خمسها لاربابه وتصدق بالباقي على فقراء المؤمنين .

وقال التقي : بل يحملها الى الامام العادل ، فان تعذر فعليه حفظها الى حين تمكنه من ايصالها الى مستحقها والوصية بها الى من يقوم مقامه ، ولايجوز ردها الى الظالم مع الاختيار .

وهو اختيار ابن ادريس والعلامة . وهو الاقوى ، وكلام المصنف لايدفع هذا القول، لانه قال تصدق بها ان شاء فاذا لم يشأ عمل كما قال التقي حتماً .

---

١) التهذيب ١٨١/٧ .

٢) التهذيب ١٨٠/٧ ، الكافى ٣٠٨/٥ ، الاستبصار ١٢٤/٣ ، الفقيه ١٩٠/٣ . ليس فى الكافى « حفص بن غياث » ومكانه « رجل » .

ولو كانت مختلطة بمال المودع ردها عليه ان لم يتميز .

واذا ادعى المالك التفريط ، فالقول قول المستودع مع يمينه .

قوله : ولو كانت مختلطة بمال المودع ردها عليه ان لم يتميز

اذ لولم يردها والحالة هذه لزم منع مال الغير ، وهو باطل . واستشكله العلامة في القواعد[1] من حيث استلزام ذلك رد المال المغصوب الى الغاصب وهو باطل ، ومن نقل ابن ادريس الاجماع على وجوب رده اليه .

والاجود ان أمكن الحاكم سلمه اليه والارده الى الغاصب عملا بالاجماع المذكور ، لان الاجماع المنقول بخبر الواحد حجة .

قوله : ولو ادعى المالك التفريط فالقول قول المستودع مع يمينه

اذا تلفت الوديعة فاما أن يدعي المستودع تلفها بسبب خفي كالسرقة ، ولا خلاف في أن القول قوله لمكان أمانته وتعذر اقامة البينة على مثل ذلك ، أو يدعي سبباً ظاهراً كالحريق والغريق والنهب . فالذي يظهر من كلام الشيخ عدم قبول قوله بل يفتقر الى البينة لامكان اقامتها على مثل ذلك ، وقال العلامة يقبل قوله في الظاهر والخفي ، لرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام : ان صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان[2].

وهل يفتقر الى يمين؟ قال الصدوق لا مستدلا برواية مرسلة عن الصادق عليه السلام قال : وروي في حديث آخر عنه عليه السلام أنه قال : لم يخنك الأمين

---

١) قال في القواعد : ولو مزجها الغاصب بماله فان تميزت وجب ردها على مالكها دون المودع على اشكال.

٢) الكافي ٥/٢٣٨ ، التهذيب ٧/١٧٩ ، الاستبصار ٣/١٢٤ ، الفقيه ٣/١٩٣ .

ولو اختلفا في مال ، هل هو وديعة أودين ، فالقول قول المالك مع يمينه أنه لم يودع اذا تعذر الرد أو تلف العين .

ولكنك ائتمنت الخائن[1] . وبه قال الشيخ في النهاية[2] ، الأأن يدعي المالك التفريط ولابينة فان القول قول المودع مع يمينه .

والاشهر أن عليه اليمين في الموضعين لانه مدع، فاذا لم تكن عليه البينة فلا أقل من اليمين . وقال ابن الجنيد والتقي لايمين عليه الامع التهمة .

اذا عرفت هذا فلواتفقا على التلف لكن ادعى المالك التفريط والمستودع عدمه كان القول قوله ، لما قلنا من أمانته وأصالة براءة ذمته من الضمان .

قوله : ولواختلفا في مال هل هووديعة اودين فالقول قول المالك مع يمينه انه لم يودع اذا تعذر الرد اوتلفت العين

هذا قول الشيخ في النهاية[2] وابن الجنيد ، وهو مؤيد نظراً ورواية :

أما الاول: فلان ذااليد أقربوصول المال اليه ، وهومحتمل للاقتراض وعدمه كالاستيداع ولامرجح لاحد الاحتمالين على الآخر . ثم انه يدعي ما يزيل الضمان عنه فعليه البينة ومع عدمها على المالك اليمين .

وأما الثاني : فعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : على اليد ما أخذت حتى تؤدي[3] . ورواية اسحاق بن عمار قال : سألت الكاظم عليه السلام عن رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت، فقال الرجل كانت عندي وديعة وقال الآخر انما كانت عليك قرضاً . قال عليه السلام : المال لازم له الأأن يقيم البينة أنها

---

١) الكافي ٥/٢٩٩ ، الوسائل ١٣/٢٣٤ .

٢) النهاية : ٤٣٦ .

٣) سنن الترمذي ٣/٥٦٦ ، سنن ابى داود ٣/٢٩٦ ، سنن ابن ماجة ٢/٨٠٢ .

ولو اختلفا فى القيمة فالقول قول المالك مع يمينه .

وقيل : القول قول المستودع ، وهو أشبه .

ولو اختلفا فى الرد فالقول قول المستودع .

كانت وديعة[1] .

وقال ابن ادريس : هذا صحيح اذا أقر أولا بوصول المال اليه ثم ادعى بعد ذلك أنه وديعة فلايقبل الا بالبينة، وأما اذالم يقرأولا بقبض المال وأجاب دعواه بأنه كانت وديعة فيكون حينئذ القول قوله مع يمينه لانه لم يصدق دعواه بل انكرها ثم قال : وليلحظ ذلك ، فان فيه غموضاً .

والحق ما قاله الشيخ وأنه لا غموض في هذه المسألة ، وأنه لافرق بين العبارتين .

قوله: ولواختلفا فى القيمة فالقول قول المالك مع يمينه، وقيل قول المستودع ، وهواشبه

الاول قول الشيخين ، لان المستودع لخيانته خرج عن كونه أميناً فلايقبل قوله . والثاني قول التقي وابن ادريس ، لانا انما نقبل قوله مع يمينه اذا عجز المالك عن البينة على القدر الزائد ، وهوحينئذ منكر وغارم فيكون القول قوله لا لانه أمين.

قوله : ولواختلفا فى الرد فالقول قول المستودع

هذا هو المشهور ، واستشكله العلامة في القواعد وارشاده من حيث أمانته فيقبل قوله ومن حيث كونه مدعياً فالقول قول المالك لانه منكر. والفتوى على الاول، لابتناء الايداع على الاخفاء ، ولانه لولاه لامتنعت هذه الوظيفة التى فيها ارفاق

---

١) التهذيب ١٧٩/٧ ، الفقيه ١٩٤/٣ ، الكافى ٢٣٩/٥ .

ولومات المودع وكان الوارث جماعة دفعها اليهم أو الى من يرتضونه . ولو دفعها الى البعض ، ضمن حصص الباقين

وأما العارية : فهي الاذن في الانتفاع بالعين تبرعاً وليست لازمة لاحد المتعاقدين .

ويشترط في المعير كمال العقل وجواز التصرف .

ومعونة مع صعوبة الاشهاد غالباً . وهل يفتقر الى اليمين ؟ تقدم الخلاف .

قوله : ولودفعها الى البعض ضمن ـ الى آخره

قال الشيخ في النهاية[1] أويعطى كل ذي حق حقه .

وهذا ليس بجيد على الاطلاق ، اذليس له القسمة .

واعتذرله العلامة بأن مراده تسليمها اليهم مشاعاً . وليس بشيء ، والا لزم تداخل الاقسام، لانه قال بهذه العبارة لم يسلمها الا الى جماعتهم أوواحد يتفقون عليه أويعطي كل ذي حق حقه، وانما يصح لو كان وصياً أوحاكماً والورثة صغار .

قوله : وليست لازمة لاحد المتعاقدين

هذا حكم كل عقد جائز ، غير أن هنا مسائل خرجت عن ذلك ، فبعضها متفق عليه وهو الاعارة للدفن بعد الطم[2] والباقي وقع فيها نزاع .

(الاولى) قال الشيخ: اذا أعاره جداراً ليضع عليه خشبة وطرفه الاخر على حائط المستعير لم يكن له بعد الوضع الازالة وان ضمن الارش، لانه يؤدي الى قلع جذعه من ملكه قهراً ، بخلاف الغرس لانه في ملك غيره .

---

١) النهاية : ٤٣٨ .

٢) قال في القواعد : لورجع في الاعارة للدفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطم جاز .

وللمستعير الانتفاع بما جرت به العادة .

ولا يضمن التلف ولا النقصان لو اتفق بالانتفاع .

بل لايضمن الا مع تفريط أو عدوان أو اشتراط ، الا أن تكون العين ذهباً أو فضة فالضمان يلزم وان لم يشترط .

(الثانية) قال أيضاً : لوأعاره أرضاً للـزرع لم يكن له الزامه بالقلع قبل ادراكه له ، لان له وقتاً ينتهـي اليه ولودفع الارش . وتبعه ابن ادريس فـي الحكمين معاً . وقال العلامة بجواز الرجوع كغيره من العواري وتخريب ملك الغير مجبور بالارش .

(الثالثة) قالابن الجنيد: لوأعارقراحاً[1] للبناءأوالغرس مدة معلومة لم يكن له اخراجه عن بنائه أوغرسه كرهاً قبل انقضاء المدة ، فان فعل كان غاصباً عليه ما على الغاصب ، وان كانت الاعارة غيرموقتة جازذلك مع الارش . والحكم الثاني مسلم، وأما الاول فممنوع، لان اشتراطالمدة لايخرج العارية عنحقيقتها ويصيرها لازمة وضررالمستعيرينجبربالارش .

(الرابعة) الاعارة للرهن على الدين المؤجل بعد رهن المستعير وقبض المرتهن لازمة قبل الحلول وليس للمعيرالمطالبة بالفك حينئذ: وقال الشيخ في المبسوط له ذلك ، وتبعه العلامة في التذكرة .

قوله : ولا يضمن التلف ولاالنقصان لواتفق بالانتفاع ، بـل لايضمن الامع تفريط اوعدوان اواشتراط الاان تكون العين ذهباً اوفضة فالضمان يلزم وان لم يشترط

روى زرارة فيالحسن عن الصادق عليه السلام قال: قلت العارية مضمونة

---

١) القراح : المزرعة التى ليس فيها بناء ولا شجر والجمع اقرحة .

فقال: جميع ما استعرته فتوى فلايلزمك [ما] تواه ، الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا أن يشترط أنه متى ماتوى لم يلزمك تواه، وكذلك جميع ما استعرت فاشترط عليك لزمك ، والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك[1] .

اذا عرفت هذا فاعلم أن المشهور بين الاصحاب ما ذكره المصنف، وهو مفهوم من الرواية المذكورة وتفصيله بفوائد :

(الاولى) الضمان بالتعدي والتفريط ، وهو اجماعي .

(الثانية) ضمان الذهب والفضة مطلقاً الا أن يشترط عدمه .

(الثالثة) الضمان مع الشرط، وهو عام في الكل ويكون في النقدين تأكيداً .

(الرابعة) عدم ضمان ماعدا النقدين مع الاطلاق .

(الخامسة) التالف بالاستعمال غير مضمون مع الاطلاق وعدمه ، خلافاً للتقي فانه أوجب مع شرط الضمان ضمان التالف بالاستعمال والنقص. والفتوى على الاول ، لانه مأذون في اذهابه .

وفيه نظر ، لانا لانسلم أنه مأذون في اذهابه ، لان شرط العين أن ينتفع بها مع بقائها، فلايكون الاذهاب مأذوناً فيه بل منهياً عنه، فيقوى حينئذ كلام التقي .

(السادسة) هل حكم المصوغ حكم النقدين في الضمان مع الاطلاق أم لا ؟ وجهان: أحدهما الضمان لاطلاق النص، وثانيهما العدم لان العلة في ضمان النقدين ضعف منفعتهما مع بقاء عينهما فأشبه اعارتهما القرض فلذلك ضمنا ، بخلاف الحلي فان الانتفاع به قوي وهو اللبس وما يضاهيه .

(السابعة) الحق ابن الجنيد الحيوان بالنقد في الضمان مع الاطلاق الا مع اشتراط سقوطه ، لقوله عليه السلام : على اليد ماأخذت حتى تؤديه[2]. ورواية

---

١) الكافي ٥/٢٣٨ ، التهذيب ٧/١٨٣ ، الاستبصار ٣/١٢٦ .

٢) سنن ابن ماجة ٢/٨٠٢ ، سنن الترمذي ٣/٥٦٦ ، سنن ابي داود ٣/٢٩٦ .

ولو استعار من الغاصب مع العلم ضمن . وكذا لو كان جاهلا لكن يرجع على المعير بما يغترم .

وكل ما يصح الانتفاع به مع بقـائه تصح اعـارته . ويقتصر المستعير على ما يؤذن له .

ولو اختلفا في التفريط ، فالقول قول المستعير مع يمينه .

ولو اختلفا في الرد ، فالقول قول المعير .

ولو اختلفا في القيمة فقولان ، اشبههما : قول الغارم مع يمينه .

وهب عن الصادق عليه السلام عن علي عليه السلام : من استعار عبداً مملوكاً لقوم فعيب فهوضامن ، ومن استعارحراً صغيراً فعيب فهوضامن[1].

وأجيب عن الاول بأنها عامة وما رويناه عن زرارة خاص فيقدم، وعن الثاني بضعف وهب أولا وبحملها على التفريط ان صحت ثانياً . هذا وقد ذكرنا العلة في ضمان النقدين وليست حاصلة في الحيوان .

قوله : ولواختلفا في التفريط فالقول قول المستعير مع يمينه

هذا قول الشيخ والتقي وابن حمزة والقاضي وابن ادريس، لكونه منكراً للتفريط فيكون عليه اليمين مع عدم البينة. وقال المفيد وسلار القول قول المالك ولاوجه له .

قوله : ولواختلفا في القيمة فقولان اشبههما قول الغارم مع يمينه

قال الشيخان والتقي والقاضي وابن حمـزة القول قول المالك لان امانة

---

١) الكافي ٥/٣٠٢ ، التهذيب ٧/١٨٥ ، الاستبصار ٣/١٢٥ .

ولو استعار ورهن من غير اذن المالك، انتزع المالك العين ويرجع المرتهن بماله على الراهن.

المستعير بطلت، وقال ابن ادريس القول قول المستعير لا لانه أمين بل لانه منكر وغارم، واختاره العلامة والمصنف، وعليه الفتوى.

كتاب الاجارة

وهى تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم .

ويلزم من الطرفين وتنفسخ بالتقايل .

ولا تبطل بالبيع ولا بالعتق .

قوله :كتاب الاجارة

وهي تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم. قال الجوهري: آجرته الدار أكريتها والعامة تقول واجرته .

وشرعاً ما قاله المصنف، فالتمليك جنس وتقييده بالمنفعة يخرج البيع ، وكونها بعوض يخرج السكنى فانها تمليك منفعة بغير عوض. وينتقض بالجعالة اذا كانت بالمنفعة ، كقوله « من رد عبدي له خدمته مدة كذا » .

هذا التمليك لابد له من ايجاب من المؤجر أو من قام مقامه كقوله «آجرتك أو اكريتك أو ملكتك سكنى الدار أو ركوب الدابة مدة كذا»، وقبول من المستأجر كقوله « قبلت » وشبهه .

قوله : ولاتبطل بالبيع ولابالعتق

هنا فوائد :

(الاولى) لاكلام أنه لوآجر العين ثم باعها على غير المستأجر فانه لاتبطل الاجارة لسبقية حق المستأجر . ثم المشتري ان كان عالماً فلاخيار له والا كان له الخيار في فسخ البيع وامضائه والصبر حتى تنقضي مدة الاجارة .

(الثانية) لوباعها على المستأجر هل تبطل ويرجع المشتري بأجرة باقي المدة أم لا ؟ فيه احتمالان :

أحدهما : نعم للمنافاة بين البيع والأجارة ، اذالبيع وارد على محلها ، ضرورة تبعية المنفعة للعين المملوكة بالبيع، ولايمكن بقاء الاجارة والاجتمع على المعلول الشخصي علتان، كما لايمكن الجمع بين الملك الحادث والنكاح واختاره العلامة في الارشاد، لان ملك الرقبة مقتض لحدوث المنفعة على ملكه بالتبعية ، واذا ملكت لم يبق عليها عقد اجارة فتبطل .

وثانيهما: لا لان البيع وان اقتضى ملك المنفعة الا أنه هنا تخلف لمانع وهو سبق ملكها ، فكان كما لو باع على أجنبي . واختاره في القواعد اجراء للمنفعة مجرى الثمرة غير الموبرة[1] المتقدم ملكها على ملك الاصل ، فانه لولا التقدم لاقتضاها ملك الاصل. والتمثيل بالنكاح ثم الملك، فان النكاح يزول بحدوث الملك غير تام ، فان مورد البيع وان كان هو الرقبة في الموضعين الا أنه في النكاح أقوى، ولهذا يجوز للسيد حبس الامة المزوجة نهاراً وان قبض الصداق بخلاف الاجارة ومن ثم لوغصب البضع بالزنا قهراً ووطئت بالشبهة كان المهر للسيد لا للزوج، بخلاف غصب العين المستأجرة فان منفعتها وعوضها للمستأجر وهذا هو الاقوى .

---

١) في الهامش : كمالو اشترى ثمرة سنتين بعد بدوصلاحها ثم باع المالك الاصل في السنة الثانية بعد ظهور الثمرة وبعد تأبيرها فانها تخلفت هنا عن تبع الاصل لمانع وهو سبق ملك المشترى .

وهل تبطل بالموت . قال الشيخان : نعم وقال المرتضى : لا تبطل ، وهو أشبه .

(الثالثة) لو آجر العبد ثم أعتقه فهل يرجع على المولى بأجرة باقي المدة حكى في المبسوط قولين: أحدهما نعم لدخول المدة في ملكه فيضمنها له السيد للحيلولة ، وثانيهما لا لانتقال المنفعة الى المستأجر وثبوت ملكه عليها وملك المؤجر على الأجرة ، ولان السيد انما ملكه نفسه مسلوب المنفعة ، فكان كما لو شرط عليه الخدمة . وهذا أقوى .

(الرابعة) نفقة العبد في باقي المدة ليس على المستأجر ، ولا يمكن العبد تحصيلها لاستغراق وقته في الخدمة، فيحتمل حينئذ ثبوتها في ذمة السيد لاستيفائه عوض المنفعة وعدمه لزوال الملك حينئذ كونها في بيت المال .

قوله: وهل تبطل بالموت، قال الشيخان نعم وقال المرتضى لاتبطل وهواشبه

وافق الشيخين على البطلان مطلقاً بموت أيهما كان سلار والقاضي وابن حمزة وهومذهب ابى حنيفة .

واحتج الشيخ عليه في الخلاف[1] باجماع الفرقة وأحاديثهم، وبأن المستأجر دخل على أن يستوفي المنفعة من ملك المؤجر فكيف يستوفي من ملك غيره .

وأجيب عن الاجماع بعدم تحققه ، وعن الاحاديث بعدم الوقوف عليها ، وعن الثالث بمنع توقف استيفاء المنفعة على ملك الأصل والا لبطلت الاجارة من الاصيل ، أعني المستأجر الاول وان لم يمت أحدهما ، واللازم باطل فكذا الملزوم . وحينئذ نقول: ان المستأجر قد استحق جملة المنافع في حياة المؤجر فلا يستحقها وارث المؤجر وان استحق الاصل ، واستحقاق الاصل غير مانع

---

١) راجع الخلاف ٢ / ٢٠٧ .

مـن استحقاق المستأجر المنافع ، لما بيناه على أن ذلك لا يدل على البطلان مطلقاً .

ووافق المرتضى في عدم البطلان التقي وابن ادريس والمصنف والعلامة . وهو الاقوى ، لاصالة بقاء ما كان على ما كان .

وهنا قولان آخران :

(الاول) نقل عن الشيخ في المبسوط البطلان بموت المستأجر دون موت المؤجر .

(الثاني) نقل القاضي عن المرتضى أنه سوى بينهما في ذلك ، بأن بين أن الوجه فيهما واحد . والظاهر أن المرد أنـه سوى بين المؤجر والمستأجر في البطلان، وحينئذ نسبة القول بالصحة مطلقاً الى المرتضى ـ كما نقل ابن ادريس منظور فيه . نعم كلامه في الناصريات في المسألة المائتين يدل على عدم البطلان بموت المستأجر .

قوله : وكل ما تصح اعارته تصح اجارته

يريد به كل ما يصح الانتفاع بـه مع بقائه تصح اعارته وتصح اجارته . واطلاق هذه القاعدة لا يتم على مذهب كل من الشيخ وابن ادريس :

أما الاول ـ فلانه منع فـي المبسوط والخلاف اجارة حائط مـزوق[1] أو محكم للنظر اليه والتفرج والتعلم منه، لان المنع منه قبيح فاجارته قبيحة . وهذه العلة لاتسري في العارية ، وجوز ابن ادريس ذلك اذا كان الغرض التعلم ، كما

---

١) زوقته تزويقاً مثل زينته وحسنته .

يجوز اجارة كتاب فيه خط جيد للتعلم منه . ورجح العلامة[1] قول الشيخ، لانها منفعة ليس للمالك منعها فلا يصح اجارتها كالاستظلال بالحائط ، وليس كذا الكتاب لان المستأجر يتصرف فيه بالقبض والتقليب بخلاف الحائط.

وفيه نظر، لان تزويق الحائط انما يكون غالباً الى جهة ملك مالكه لا الى الدرب وشبهه ، فله منعه واجارته للغرض الذي قاله ابن ادريس .

وأما الثاني ـ أعني عدم تمامها على قول ابن ادريس[2] ـ فان الدراهم والدنانير تصح اعارتها عنده ولم تصح اجارتها ، على ما قواه أخيراً محتجاً بأنها عرفاً لاينتفع بها الا باذهاب أعيانها ،وكذا لايصح وقفها ولو صحت اجارتها لصح وقفها . نعم تصح اجارة المصاغ منها. وأيضاً لو كانت لها منفعة مقصودة شرعاً لالزم الغاصب لها بعوضها ، لكن لايلزم اتفاقاً بل بأعيانها لاغير .

قال العلامة : هذا خطأ: أما أولا فللمنع من الملازمة بين الوقف والاجارة فان الوقف تصح اجارته ولايصح وقفه . وأما ثانياً فبالمنع من عدم الزام الغاصب بالاجرة .

والتحقيق أن نقول: ان كان لها منفعة مقصودة حكمية صحت اجارتها والافلا[3] .وفيه أيضاً نظر :

أما الاول ـ فان الملازمة صحيحة ضرورة، فان المصحح لهما شيء واحد وهو جواز الانتفاع مع بقاء العين. وكون الوقف لايصح وقفه مع صحة اجارته لايقدح في الملازمة بل يثبتها، لانه لو لم يصح وقفه لما كان وقفاً ، وانما لم يصح وقفه ثانياً لان الوقف الثاني ان تعلق بعين ما تعلق به الوقف الاول فهو تحصيل

---

١) المختلف : الجزء الثالث ٨ .

٢) السرائر : ٢٧٤ ، ٢٧٥ .

٣) المختلف : الجزء الثالث ٧ .

الحاصل والا لكان نقصاً للوقف لاوقفاً. وأيضاً انما لم يصح وقفه ثانياً لان شرط الوقف وروده على عين مملوكة ملكاً تاماً والموقوف ليس كذلك ، بخلاف الاجارة فانه ليس من شرطها ملك العين كماتقدم. ومرادابن ادريس بقوله «لوصح اجارتها لصح وقفها» العين من حيث هي هي لاهي مع قيد كونها موقوفة أو موجرة، فلا منافاة حينئذ بين قولنا العين بقيد كونها موقوفة لايصح وقفها ويصح اجارتها وبين قولنا كل عين تصح اجارتها يصح وقفها ، لتغاير المحكوم عليه فيهما، كما لامنافاة بين قولنا الجسم بقيد كونه أسود لايقبل السواد ويقبل الحركة وبين قولنا الجسم من حيث هو يقبل السواد والحركة .

وأما الثاني فللاجماع على عدم الزام الغاصب بالأجرة ، فمنعه مكابرة .

ثم قوله «ان كان لها منفعة» الى آخره ، شك والشك بمعزل عن التحقيق .

ثم الذي يؤيد قول ابن ادريس أن الدراهم والدنانير منفعتهما الحكمية دورانهما أثماناً للاعواض ، فكل ماينافي ذلك يكون باطلا . ولما كان الوقف للتأبيد والاجارة غيرمنحصرة في مدة فجاز طولها سنين كانا متنافيين ، ولذلك توعد على كنزهما وأمر بانفاقهما. وليس كذلك العارية، لانها عقد جائز لالازم ، فلايلزم من الاعارة الجنس المنافي للحكمة المذكورة .

فائدتان :

(الاولى) تصح اجارة المصوغ من النقدين، لقوة الانتفاع باللبس ولعدم وقوعهما أثماناً غالباً . وكذا يصح وقفه لكن ان وقف حلي النساء على النساء وحلي الرجال على الرجال .

(الثانية) قال الشيخ بناء على صحة اجارة النقدين انه لولم يعين جهة الانتفاع بهما بطلت الاجارة وكانا قرضاً، لان العادة في دنانير الغيرودراهمه أن لاينتفع بها الاعلى جهة القرض ، فاذا أطلق الانتفاع رجع الى المعتاد .

واجارة المشاع جائزة . والعين أمانة لايضمنها المستأجر ولا ما ينقص منها ، الا مع تعد أو تفريط ، وشرائطها خمسة :

قال ابن ادريس : لانسلم البطلان على تقدير صحة الاجارة ، لانه وان أطلق جهة الانتفاع فان قيد الاجارة يمنع من اذهاب العين .

قال العلامة اعتذاراً للشيخ : فانه عول في ذلك على العرف وقد ثبت في العرف الشرعي انصراف الاجارة الى الاعيان فيما الغالب فيه تناولها دون المنافع. كاستيجار المرضعة والشاة للحلب وأجرة الحمام ، فكذا هنا لما كانت المنفعة المقصودة الانتفاع بأعيانها كانت الاجارة قاضية لجواز اتلافها، وحينئذ تصير قرضاً بالاتلاف .

وفي هذا الاعتذار نظر :

أما أولا : فلانه على تقدير انصراف الاجارة فيما ذكره الى الاعيان لايلزم مثله هنا ، لان انصراف الاجارة الى اللبن في المرضعة والماء في الحمام لعدم امكان الاستباحة بالبيع أو القرض لعدم الضبط ، أما هنا فلا ، اذ يمكن الاستباحة بالقرض أو البيع فلا ضرورة الى صرف الاجارة الى اتلاف العين .

على أنه قد قيل : ان الاجارة في المرضعة على وضع الثدي في الفم وفي الحمام على اللبث واللبن والماء تابعان .

وأما ثانياً : فلان الاجارة فيما ذكره ليس فيها اذهاب العين المعقود عليها بل استباحة العين ، بخلافه في محل النزاع .

قوله واجارة المشاع جائزة

لاصالة الجواز ، ويكون المستأجر شريكاً في المنفعة .

قوله : والعين امانة لايضمنها المستأجر ولا ما ينقص منها الا مع تعد اوتفريط

تنقيح هذا البحث بفوائد :

(الاولى) لاخلاف في عدم ضمان العين مدة الاجارة الامع التعدي أو التفريط اما بعد انقضائها وتلفها في يد المستأجر بغير تعد ولاتفريط هل يضمن أم لا ؟ قال الشيخ في المبسوط نعم ، لانه زمان غير مأذون له في امساكها ، ومن أمسك شيئاً بغير اذن مالكه وأمكنه الرد ولم يرده ضمنه . قال : ومن الناس من قال لايضمن .

وقال ابن ادريس: الاقوى عدم الضمان ولايجب الرد الا مع مطالبة المالك لانها أمانة لايجب ردها الابعد المطالبة كالوديعة. قال وما ذكره الشيخ معارض بالرهن ، فانه لاخلاف في عدم ضمانه لو أدى الدين ولم يطالب الراهن به .

وتردد العلامة في المختلف ولم يرجح شيئاً .

والاقوى الضمان ، لان الامساك موقت فلابد من استيناف اذن بعد الاستيفاء أو الرد أو العرض على المالك مع امكان ذلك لاحتمال النسيان من المالك. اللهم الامع علم المالك بذلك واهماله الطلب . وليس كذلك الوديعة والرهن ، لان الامساك مأذون فيه مطلقاً من غير مانع، ولهذا لومات المودع أو الراهن مع أداء الدين ولم يعلم الوارث بالوديعة والرهن وجب الاعلام فوراً والاثبت الضمان .

(الثانية) لاخلاف في ضمان الصانع لوتلفت العين بخيانته بصنعته ، أما لوتلفت في يده لامن قبله ففيه قولان : قال المرتضى والمفيد بالضمان الامع اشتهار السبب كالحريق والغريق أوقيام البينة بأن التلف من غيره، واحتجا بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : على اليد ما أخذت حتى تؤدي[1] ، ورواية مسمع عن الصادق عليه السلام[2].

---

١) سنن ابي داود ٣/٢٩٦ ، ابن ماجة ٢/٨٠٢ ، سنن الترمذي ٣/٥٦٦ .

٢) التهذيب ٧/٢١٦ ، الكافي ٥/٢٤٤ .

وقال الشيخ[1] بعدمه، واختاره ابن ادريس والعلامة[1] لكونه أميناً، ولرواية بكير بن حبيب عن الصادق عليه السلام: لايضمن القصار الا ما جنت يداه وان اتهمته أحلفته[2] . ومثله رواية معاوية عنه عليه السلام[3].

وأجاب العلامة عن حجة الاولين بأن قوله صلى الله عليه وآله وسلم « على اليد ما أخذت » مجمل ، لاحتمال أن يراد به يجب أو يستحب اوينبغي ، وعلى تقدير الوجوب نقول به، فان اليد يجب عليها رد ما أخذت مع وجوده، والاحاديث محمولة على التعدي والتفريط .

وفيه نظر ، لأن « على » ظاهره الوجوب ، كما يقال على فلان مال وعليه صلاة أو زكاة أو ضمان ، فلا يكون مجملا . نعم هو عام مخصوص بما لم يكن فيه استيمان من المالك والا لضمنت الوديعة ، وهو باطل .

(الثالثة) لاخلاف في الضمان مع التفريط أو التعدي ، وقد تقدم معناهما. نعم شرط الضمان بالتفريط الانفراد عن يد المالك ولايشترط ذلك مع التعدي، فلو تعدى وشارك المالك ضمن بقسطه ولو انفرد عن المالك اختص بالضمان . وتفصيل هذه الجملة بصور :

« الاولى » لو نزل بالدابة في مسبعة أو مهلكة مع موافقة المالك فلاضمان ولو كان لامع موافقته فهو ضامن .

« الثانية » لو حمل على الدابة زائداً عن المشترط وباشر التحميل من دون حضور المالك فتلفت ضمن قيمتها أجمع .

« الثالثة » لو كال الطعام المحمول وزاد في الكيل عن المشترط ولم يعلم

---

١) راجع النهاية ٤٤٦ ، والقواعد الفصل الرابع من كتاب الاجارة في الضمان .

٢) التهذيب ٢٢١/٧ ، الاستبصار ١٣٣/٣ ، وفيهما : بكر بن حبيب .

٣) التهذيب ٢٢٠/٧ ، الاستبصار ١٣٢/٣ .

(١) أن يكون المتعاقدان كاملين جائزى التصرف .

(٢) وأن تكون الاجرة معلومة ، كيـلا أو وزناً . وقيل تكفى المشاهدة ولو كان مما يكال أو يوزن .

المالك وحمل المالك الحمل على الدابة بيده ضمن المستأجر الذى كال قسط الزيادة .

(الرابعة) اختلف الفقهاء في تقدير قسط الزيادة في الصورة المذكورة : فقيل النصف ، لان الدابة تلفت بسببين أحدهما مباح والاخر محرم ، ومثاله في الجناية مالو جرح واحد مائة جرح وآخر جرحاً واحداً فسرى الكل كان على كل واحد نصف . وقيل يضمن بالنسبة ، لان التلف مستند الى الجملة ولا ترجيح باسناد الضمان الى واحد ، فلو ضمن الاقل مثل الاكثر أو بالعكس لزم تساوي الزائد والناقص وهو محال فيسقط ضمان المأذون ويبقى الزائد ، فلو كان المستأجر له مائة فزاد عشرة ضمن جزء من أحد عشر ، وفرق بين المحمول والجراحات عدم ضبط آثارها بخلاف المحمول .

(الخامسة) لو كانت الدابة لمالكين فاستأجرها لحمل مائة وزاد عشرة وحملها المالكان ، فان كانت الدابة في يده ويد المالكين ضمن الثلث لانه صاحب يد ثالث وصار بالتعدي يده يد ضمان لما بيده عليه والدابة اذا كانت في يد ثلاثة ففي يد كل واحد ثلثها ، فالمستأجر في يده ثلث فيضمن الثلث بالتعدي لانه صير يده يد ضمان فيما في يده وهو الثلث ، وان لم يكن في يده شيء ضمن على أحد الاحتمالين النصف وعلى الاخر جزء من أحد عشر .

قوله : وقيل تكفى المشاهدة ولو كان ممايكال اويوزن

هذا قول الشيخ فـي المبسوط . والحق خلافه ، للزوم الغرر المنهي عنه

وتملك الاجرة بنفس العقــد معجلة مع الاطلاق أو اشتراط التعجيل.

ويصح تأجيلها نجوماً ، أو الى أجل واحد.

والمشاهدة لاتدفعه .

ولما علم من عادة الشرع أن عقدالمعاوضة على المكيل والموزون لايصح الابعد اعتبارهما بالكيل أوالوزن ، ولان الجهالة تؤدي الى النزاع والغبن .

قولـه : وتملك الاجرة بنفس العقد معجلة مـع الاطلاق اواشتراط التعجيل.

هنا مسألتان :

(الاولى) ان الاجرة تملك بنفس العقد كما تملك المنفعة به ، وسيجيء تقريـره .

(الثانية) انه اذا ملكت بنفس العقد هل يجب تسليمها مع الطلب أم لا .

نقول : لايخلو اما أن تقع الاجارة على عين كسكنى الدار أوركوب الدابة أو على عمل كخياطة يوم أوثوب، فان كان الاول يجب التسليم بتسليم العين ، فاذا استوفى المستأجر المنفعة استقرملك المالك على الأجرة ، وان كان على عمل لايجب التسليم الا بعد العمل .

وهل يشترط تسليمه ؟ قيل لامطلقاً واختاره المصنف فـي الشرائع ، وقال الشيخ في المبسوط ان كان الاجيرفي دارالمستأجر ويعمل بين يديه لايشترط لانه في تسليمه ، وان كان في بيت الاجير اشترط تسليمه .وقيل يشترط ، وهو الاقوى: لانها عقد معاوضة كالبيع ، وكما لايجب تسليم أحد العوضين فيه قبل تسليم الاخرفكذا هنا.

ولواستأجرمن يحمل له متاعاً الى موضع فى وقت معين بأجرة معينة ، فان لم يفعل ، نقص من أجرته شيئـاً معيناً صح ، مالم يحط بالاجرة .

وتظهر فائدة الخلاف فيما لوتلف العمل قبل التسليم ، فانه كتلف المبيع فان شرطنا تسليمه فلاأجرة.

قوله : ولواستأجرمن يحمل له متاعاً الى موضع فى وقت معين بأجرة معينة فان لم يفعل نقص من أجره شيئاً معيناً صح مالم يحط بالاجرة

هذه المسألة ذكرها الشيخ في الخلاف وابن الجنيد والقاضي واختـارها المصنف والعلامة، ومستندهم رواية محمدالحلبى موثقاً عن الباقرعليه السلام[1].

وفي معناها رواية محمد بن مسلم أيضاً عنه عليه السلام[2]، ويؤيده قوله صلى الله عليه وآله وسلم : المؤمنون عند شروطهم[3].

ومنع ابن ادريس ذلك وقال: العقد صحيح والشرط باطل لانه غيرشرعي ولم يدل عليه كتاب ولا سنة متواترة ولااجماع ، بل لم يورده غير الشيخ في النهايـة .

وكلامه ضعيف: أما أولا فلما ذكرنا من الدلالة، وأما ثانيافلانسلم أنه شرط باطل وانما الباطل ما يخالف الكتاب والسنة وهذا لايخالفهما ، وأما ثالثاً فلانه لوبطل لابطل العقد أيضاً لان بطلان الشرط يقتضي بطلان المشروط عقلاواللازم باطل باعترافه فكذا الملزوم، وأما رابعاً فلانه ليس الشرط الباطل مالا يدل عليه

---

١) التهذيب ٢١٤/٧ ، الفقيه ١٦٢/٣ ، الكافى ٢٩٠/٥ .

٢) التهذيب ٢١٤/٧ ، الكافى ٢٩٠/٥ ، الفقيه ٢١/٣ .

٣) التهذيب ٢٢/٧، الكافى١٨٧/٦ ، اخرجه فى الفقيه «روضة المتقين» ١٨/١٣ . وفيه المسلمون .

كتاب ولاسنة بـل الذي يدل الكتاب والسنة على بطلانه ، لان الاصل الجواز ولادلالة للكتاب والسنة على بطلانه بل على صحته كما ذكرناه .

ويتفرع على المسألة فرعان :

(الاول) لوقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته في الغد فلك نصف درهـم .

(الثاني) لوقال ان خطته رومياً وهومايكون بدرزين فلك درهمان وان خطته فارسياً وهو الذي يكون بدرزواحد فلك درهم ، فمنع ابن ادريس ذلك وحكم ببطلان العقد في الصورتين ، واختاره العلامة في المختلف[1] محتجاً بأنه عقد واحد واختلف فيه العوض بالتقديم والتأخير فلايصح، كما لوقال بعتك بدرهمين نقداً وبدرهم نسيئة ، وبأنه مجهول فلايصح .

وفرق بين صورة النقل وصورة النزاع، لان الاولى أوجب عليه أن يوافي به في يوم بعينه وشرط ان لم يفعل ينقص مـن أجره شيئاً ، وصورة النـزاع لم يوجب عليه شيئاً معيناً فتطرقت الجهالة اليه ، بخلاف الاول .

وأماالشيخ فلم يفرق في الخلاف بين الجميع في الصحة، وقال في المبسوط ان خاط في اليوم الاول فله الدرهم وان خاطه في الغدفله أجرة المثل وهو ما بين الدرهم والنصف ولاينقص عـن النصف ولا يبلغ الدرهم . وهو مذهب ابى حنيفة .

قال ابن ادريس: ولوقلنا بصحة ذلك جعالة أمكن. ورده العلامة بأن الجعالة يشترط فيها تعيين الجعل أيضا فيبطل .

قال الشهيد : ويشكل بأن الجعل معلوم على كل واحد من التقديرين غايته الجهل بوقوع أحد العملين تعييناً ، وذلك لايخرج الجعالة عن الصحة ، فان

---

١) راجع المختلف ٢ / ٨ .

(٣) وأن تكون المنفعة مملوكة للمؤجر أولمن يؤجر عنه.
وللمستأجر أن يؤجر الا أن يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه.

مناطها الجهالة في العمل.

والاجود ما قاله الشيخ في الخلاف، لعدم الفرق بين صورة الوفاق والنزاع الا في شيء لا مدخل له في البطلان، لان قوله ان خطته غداً فلك نصف في معنى ان لم تخطه اليوم ينقص من أجرتك نصفها، الا أنه عين ظرف هذا الشرط والتعيين لا يقتضي البطلان.

وما ذكره العلامة من الفرق ضعيف، لان قوله «وصورة النزاع لم يوجب شيئاً معيناً» ممنوع، بل عينه بالنسبة الى اليوم وحده وكذا بالنسبة الى الغد وفوض الاختيار الى الخياط كما فوضه الى المؤجر في الصورة المنصوصة، وحمل هذه الصورة على صورة البيع قياس أصله فيه خلاف.

قوله: وللمستأجر أن يؤجر الا ان يشترط عليه استيفاء المنفعة بنفسه

أما الثاني فاتفاقي، وأما الاول فان آجر بمثل ما استأجر جنساً وقدراً صح أيضاً اتفاقاً، وكذا لو خالف وعمل في العين زائداً. أما لو خالف مع عدم الاحداث فخلاف منعه الثلاثة والتقي وابن الجنيد وسلار والصدوق في المقنع والقاضي في المهذب، وجوزه المفيد وابن ادريس على كراهية، واختار المصنف في الشرائع الاول[1] لكنه خصصه بالمسكن والخان والاجير، والعلامة[2] اختار الثاني.

---

١) الشرائع ١٣٨/١ قال: ولا يجوز ان يوجر المسكن ولا الخان ولا الاجير بأكثر مما استأجره الا ان يوجر بغير جنس الاجرة او يحدث ما يقابل التفاوت.

٢) راجع المختلف ٣/٢.

وهو الحق ، لان المستأجر ملك المنفعة فله أن يؤجرها كيف شاء ، لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم : الناس مسلطون على أموالهم[1] ، ولرواية ابى المغرا في الحسن عن الصادق عليه السلام[2] ومثله رواية ابى الربيع الشامي عنه عليه السلام[3] أيضاً وغيرهما من الروايات .

واحتج المانع بأنه ربا ، وبرواية اسماعيل بن الفضل الهاشمي عن الصادق عليه السلام[4] ، ورواية الحلبى عنه عليه السلام[5] أيضاً .

والجواب عن الاول بمنع لزوم الربا ، اذ محله بيع أحد المقدرين المتساويين جنساً بالاخر . وعن الثاني بالحمل على الكراهية ، لمارواه ابوبصير قال : قال الصادق عليه السلام : اني لاكره أن استأجر رحى وحدها ثم أوجرها بأكثر مما استأجرتها به الا ان يحدث فيها حدثاً أوتغرم فيها غرامة[6] .

وهنا فوائد :

(الاولى) جوز الشيخ رحمه الله أن يؤجر بعضها بأكثر مال الاجارة ويتصرف هو في الباقي بجزء من ذلك وان قل ، لرواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام : الرجل يستكري بمائة دينار فيكرى بقيتها بخمسة وتسعين ديناراً ويعمر هو بقيتها . قال : لابأس[7] .

---

١) البحار ٢٧٢/٢ .

٢) الكافى ٢٧٢/٥ ، التهذيب ٢٠٣/٧ ، الاستبصار ١٢٩/٣ ، الوسائل ٢٦٠/١٣ .

٣) الكافى ٢٧١/٥ ، التهذيب ٢٠٣/٧ ، الاستبصار ١٢٩/٣ ، الفقيه ١٥٧/٣ ، الوسائل ١٣/ ٢٥٩ .

٤) التهذيب ٢٠٣/٧ ، الكافى ٢٧٢/٥ ، الفقيه ١٥٧/٣ ، الاستبصار ١٢٩/٣ و١٣٠ .

٥) التهذيب ٢٠٤/٧ ، الكافى ٢٧٣/٥ .

٦) الكافى ٢٧٣/٥ ، التهذيب ٢٠٤/٧ .

٧) التهذيب ٢٠٥/٧ ، الاستبصار ١٣١/٣ فيه : فيكرى نصفها . وليس « هو » فى الاول .

(٤) وأن تكون المنفعة مقدرة بنفسها كخياطة الثوب المعين ، أو بالمدة المعينة كسكنى الدار .

(الثانية) قيل انما اقتصر المصنف في الشرائع على المسكن والخان والاجير لدلالة الروايات عليها دون غيرها .

وفيه نظر ، لاني لم أجد المنع صريحاً الافي الاجير والخان ، فان رواية ابى المغرا وابى الربيع عن الصادق عليه السلام: ان فضل الاجير والحانوت حرام . هذا مع أنه ورد المنع في الارض الامع الحدث في رواية اسماعيل ابن الفضل .

(الثالثة) اذا قيل بالتحريم فمن قال النهي فى المعاملة يفيد الفساد كان العقد فاسداً ، ومن قال بعدمه ـ وهو الحق ـ كان صحيحاً . ويحتمل الفساد ، لتعلق النهي بجزء المعاوضة . أما مع القول بالكراهية فالعقد صحيح قطعاً .

قوله : وان تكون المنفعة مقدرة فى نفسها كخياطة الثوب المعين أوبالمدة المعينة كسكنى الدار .

لاخلاف في صحة تقديرها بالعمل المعين خاصة من غير زمان أو بالزمان المعين خاصة من غير تقدير العمل فيه، واختلف في تقديرها بهما كخياطة الثوب المعين في اليوم المعين ، فقال الشيخ وابن ادريس بالبطلان لان استيفاء العمل في المدة قد لايتفق ، وقيل يصح لامكانه .

والحق الاول ، للزوم الغرر، اذ يجوز أن يوقع ذلك العمل فى بعض المدة، فيبقى الزمان خالياً عن العمل ، فيدخل الضرر على المستأجـر ، أولايتمكن من عمله في تلك المدة فيحتاج الى صرف مدة أخرى ، فيدخل الضرر على الاجير فاذاً لايخلو من غرر على أحدهما .

وهنا مسائل :

(الاولى) ان اطلاق عقد الاجارة هل يقتضى الاتصال الزماني، مثل أن يقول « آجرتك هذه الدار شهراً بأجرة كذا» هل يقتضي أن يكون أوله متصلا بالعقد فيصح العقد حينئذ أو لا يقتضى ذلك فيكون شهراً مجهولا فيبطل العقد ؟

كلام الشيخ فى المبسوط والخلاف[1] متردد بينهما ، فانه قال فيهما ببطلان العقد فى هذه الصورة، وانما يبطل على تقدير عدم تعين الشهر وانما لم يتعين اذا لم يكن العقد مقتضياً للاتصال .

وقال في موضع آخر اذا آجره داراً شهراً مستقبلا ولم يدخل بعد لم يصح، وانما لم يصح لاقتضاء العقد الاتصال ، فيكون قد شرط ماينافي مقتضى العقد فيبطل فجاء التردد في كلامه والتناقض .

وحكم القاضي وابن ادريس بعدم الاقتضاء وصحة العقد في الصورة الثانية ، واختاره العلامة واحتج بأن شرط الاتصال يقتضي عدمه فيكون باطلا :

أما الاول فلان كل واحد من الازمنة التى يشتمل عليها مدة الاجارة معقود عليها وليست متصلة بالعقد ، فاتصال الجزء الاول منها يقتضي عدم اتصال الاخير به .

وفيه نظر ، لان الزمان عرفاً غير قار الذات يستحيل اجتماع أجزائه دفعة واحدة كالحركة ، والاجزاء التي لم تتصل بالعقد اتصلت بالجزء المتصل به ، فتكون متصلة أيضاً ، اذ المراد بالاتصال هو عدم تخلل زمان لايتناوله العقد لامطلق الزمان .

والتقي حكم بوجوب الاتصال الزماني في سائر العقود .

---

١) الخلاف ٢ / ٢٠٩ قال: اذا قال آجرتك هذه الدار شهراً ولم يقل من هذا الوقت واطلق فانه لايجوز ، وكذلك اذا آجره الدار فى شهر مستقبل بعد ما دخل فانه لايجوز . وقال : دليلنا ان عقد الاجارة حكم شرعى ولا يثبت الا بدلالة شرعية وليس على ثبوت ما قاله دليل فوجب ان لايكون صحيحاً .

ويمكن أن يحتج له بأن العقود كلهـا انشاءات والانشاءات علل الاحكام والعلل تقتضي الاتصال الزماني ، ولذلك قالوا ان اطلاق عقد البيع يقتضى تسليم العوضين في الحال ولو قيد بزمان مستقبل فيهما بطل .

(الثانية) قال الشيخ : اذا استأجر سنة رجع الى الهلالية ، فان وافق أول الهلال كانت السنة كلها أهلة ، وان لم يوافق ذلك أول الهلال عدالباقي من ذلك الشهر وكان ما عداه بالاهلة ثم يكمل ذلك الشهر الاول من الاخير ثلاثين يوماً ، وان قلنا انه يكمل بقدر مامضى من ذلك الشهر كان قوياً .

وهو يدل على تردد، والاجود هنا وفي السلف الاول مع احتمال كون الاشهر كلها بالعدد .

(الثالثة) قال الشيخان اذا قال «آجرتك كل شهر بكذا »[1] ولم يعين صح في شهر وبطل في الزائد ولزم فيه أجرة المثل، وقال ابن ادريس يبطل في الكل ويلزم أجرة المثل .

وهو الحق ، لانه كلما انتفى شرط الصحة انتفت الصحة لكن المقدم حق فالتالي مثله والملازمة ظاهرة ، وأما حقيقة المقدم فلان العلم بقدر المنفعة شرط في العقد اجماعاً ، وهي انما تعلم هنا بالمدة وهي مجهولة فتجهلت المنفعة . ولا يلزم من مقابلة كل جزء من أجزاء المدة المجهولة بعوض معلوم صيرورة المدة معلومة .

قوله : وتملك المنفعة بالعقد

---

١) قال في النهاية ٤٤٤: ومتى استأجر الانسان داراً او مسكناً مشاهرة بأن يقول: كل شهر بكذا وكذا لم تنعقد الاجارة الا على شهر واحد وكان ما زاد عليه يلزمه فيه اجرة المثل. وقال في الخلاف ٢ / ٢٠٧ : اذا قال: آجرتك هذه الدار كل شهر بكذا كانت اجارة صحيحة.

واذا مضت مدة يمكن استيفاء المنفعة والعين في يد المستأجر استقرت الاجرة ولولم ينتفع.

واذا عين جهة الانتفاع لم يتعدها المستأجر ويضمن مع التعدي.

لايقال : المنفعة معدومة ، ولاشيء من المعدوم يتعلق به الملك ، فلا شيء من المنفعة يتعلق به الملك ، أما الصغرى فظاهرة ، اذ المعقود عليه هو المنافع المستقبلة . وأما الكبرى فلان الملك نسبة بين مالك ومملوك يتوقف ثبوته على ثبوت المنتسبين .

لانا نقول: الجواب موقوف على تقرير مقدمة، وهي ان الموجود المركب على قسمين : أحدهما موجود توجد اجزاؤه دفعة واحدة كالجسم ، وثانيهما موجود توجد أجزاؤه شيئاً فشيئاً كالزمان وما توجد فيه من الحركة . ويسمى الاول دفعي الوجود ، والثاني تدريجي الوجود . والمنافع من القسم الثاني ، وهي وان كانت معدومة في الحال الا أن لها قسطاً من الوجود في الجملة وليست معدومة على الأطلاق . والشارع اعتبر هذا النحو من الموجود وجعل حكمه حكم الموجود الاول في اجراء الأحكام عليه اذا وجد جزء منه لامطلقاً ، ولم يعتبر وجوده بجميع اجزائه لاستحالته ، وذلك كما في الوصية بالمنفعة ، فانها حين الوصية ليست موجودة بجميع أجزائها بل تتجدد شيئاً فشيئاً .

وحينئذ نقول : قوله « المنفعة معدومة » ان أرادبها ما كان معدوماً بجميع أجزائه فممنوع ، وان أراد ببعض أجزائه فمسلم ، وقوله في الكبري « ولا شيء من المعدوم» يتعلق به الملك، وان أرادبه الاول فمسلم، وان أرادالثاني فممنوع وسند المنع ما ذكرناه من اعتبار الشارع ما هذا شأنه .

ولو تلفت العين قبل القبض أو امتنع المؤجر من التسليم مدة الاجارة بطلت الاجارة . ولو منعه الظالم بعد القبض لم تبطل وكان الدرك على الظالم .

اذا عرفت هذا فكل من قال بملكية المنفعة بالعقد قال بملكية الاجرة به دفعة ، لان الاجارة عقد معاوضة مالية محضة، وكل عقد معاوضة مالية انما يملك للعوضان فيها معاً ولا يتقدم ملك أحدهما على الآخر وهوحكم اجماعي . ومن قال بعدم ملكها ـ وهو ابوحنيفة ـ بل يتملكها تدريجاً قال ان الاجرة كذلك لا يملكها المؤجر الاتدريجاً بحسب استيفاء المستأجر للمنفعة . والحق الاول لما عرفت .

قوله : ولوتلفت العين قبل القبض اوامتنع الموجر من التسليم مدة الاجارة بطلت الاجارة

اذاتعلقت الاجارة بالعين ثم تلفت قبل القبض فلاخلاف في بطلانها والرجوع على المؤجر بالأجرة مع الاقباض، أما مع المنع فان كان قبل القبض فللمستأجر الخيار في الفسخ والالزام بالتسليم ، وان كان بعده فالمانع غاصب يلزمه ما يلزم الغاصب .

وعبارة المصنف تدل على البطلان مع المنع . وليس بشيء ، لانه ملك بالعقد فله الالزام بالتسليم وله الخيار لتضرره بالمنع .

نعم قال القاضي : لومنعه بعض المدة ثم سلم في الباقي فليس للمستأجر الامتناع من قبضها باقي المدة . وليس بشيء أيضاً ، بل له خيار الفسخ لتبعض الصفقة .

ولوانهدم المسكن تخير المستأجر فى الفسخ وله الزام المالك باصلاحه .

ولا يسقط مال الاجارة لو كان الهدم بفعل المستأجر .

(٥) وأن تكون المنفعة مباحة .

فلو آجره ليحمل الخمر وليعلمه الغناء لم تنعقد .

ولا تصح اجارة الابق .

ولا يضمن صاحب الحمام الثياب الا أن يودع فيفرط .

قوله: ولوانهدم المسكن [اوعاب] تخير المستأجرفى الفسخ وله الزام المالك باصلاحه

وكذا لو انهدم بعضه مما يفوت به الانتفاع، أما لو استأجر دارين صفقة فانهدم احدهما أو داراً وعبداً صفقة فمات العبد أو انهدمت الدار، قال القاضي كان الباقي لازماً له بحصة. وليس بشيء بل له الفسخ لتبعض الصفقة وله الالتزام بالحصة.

قوله : ولايسقط مال الاجارة لوكان الهدم بفعل المستاجر

هذا اذا كان على جهة الانتفاع فاتفق الهدم، أما لو كان تعدياً فان المستأجر ضامن ويتقاصان .

قوله : ولا تصح اجارة الابق

لعدم القدرة على التسليم ، وهل تصح مع الضميمة كالبيع ؟ نظر من عدم التنصيص ومن جوازه في نقل العين الذي هو أقوى ، ففي المنافع أولى بالجواز .

قوله : ولايضمن صاحب الحمام الثياب الان يودع فيفرط

ولو تنازعا فى الاستيجار فالقول قول المنكر مع يمينه .

ولو اختلفا فى رد العين فالقول قول المالك مع يمينه . وكذا لو كان فى قدر الشيء المستأجر .

ولو اختلفا فى قدر الاجرة فالقول قول المستأجر مع يمينه . وكذا لو ادعى عليه التفريط .

هذا اشارة الى مذهب بعض العامة أظنه مالكاً، وهو أن صاحب الحمام يضمن الثياب مطلقاً فرط أولا . وهو باطل ، لاصالة البراءة وعموم ثبوت السبب .

قوله : ولو تنازعا فى الاستيجار فالقول قول المنكر مع يمينه

أما ان يكون هذا التنازع قبل استيفاء المنفعة فيحلف المنكر ولا شيء في البين ، أو بعد استيفاء المنفعة فيحلف أيضاً ويثبت على المستوفي أقل الامرين من أجرة المثل وما ادعاه المؤجران كان هو المدعي ، واكثر الامرين من أجرة المثل ومادعاه المستأجران كان هو المدعي .

قوله : ولو اختلفا فى قدر الاجرة فالقول قول المستأجر مع يمينه

هنا أقوال :

(الاول) قول الشيخ في الخلاف تستعمل القرعة فمن خرج اسمه حلف وحكم له .

(الثاني) قوله في المبسوط ان كان الاختلاف قبل مضي المدة تحالفا وان كان بعدها في يد المكتري لم يتحالفا وكان القول قول المكتري ، كما فى البيع القول قول المشتري اذا كانت السلعة تالفة . ونقل هذا القول عن قوم، وقال هو الذي يقتضيه مذهبنا ، وهو مذهب ابن الجنيد .

(الثالث) قول القاضي اذا لم تكن بينة تحالفا، فان نكل أحدهما عن اليمين

وتثبت أجرة المثل فى كل موضع تبطل فيه الاجارة .

ولو تعدى بالدابة المسافة المشترطة ضمن ، ولزمه فى الزائد أجرة المثل .

كان القول قول الاخر مع يمينه ، فان حلفا جميعاً أونكلا جميعاً انفسخ العقد في المستقبل و كان القول قول المالك مع يمينه في الماضي، فان لم يحلف كان له أجرة المثل .

(الرابع) ما قاله ابن ادريس واختاره المصنف والعلامة ، سواء كان قبل المدة أو بعدها . ولا وجه للقرعة ، لانه لااشكال هنا ، لانهما اتفقا على الاجارة وعلى مطلق الاجرة ، وانما اختلفا في قدر الاجرة والمؤجر يدعي زيادة ينكرها المستأجر، فيكون على المدعي البينة فان عجز حلف المستأجر وبرىء من تلك الزيادة. هذا كله اذا لم تكن بينة لاحدهما ، فلو كانت لاحدهما حكم بها مطلقاً .

ولو أقام كل منهما بينة فاحتمالات : « ١ » تقديم قول المدعي ، لان القول قول المنكر فلاحكم لبينته . « ٢ » التحالف ، لان كلامنهما مدع باعتبارومنكر باعتبار . « ٣ » القرعة ، لان الاشكال حاصل مع البينة .

قوله : ولو تعدى بالدابة المسافة المشترطة ضمن ولزمه فى الزائد اجرة المثل

ان لم تتلف الدابة ولم تنقص لزمه أجرة المثل في الزائد مع المسمى، وان تلفت أونقصت قال القاضي يلزم مع التلف القيمة لاغير ومع النقص اما الاجرة أوقيمة الناقص .

والحق خلافه ، بل يلزمه القيمة للنقص والاجرة معاً، لاصالة عدم التداخل

وان اختلفا فى قيمة الدابة أو أرش نقصها فالقول قول الغارم.

وفى رواية ، القول قول المالك .

ويستحب أن يقاطع من يستعمله على الاجرة ويجب ايفاؤه عند فراغه .

ولا يعمل أجير الخاص لغير المستأجر .

ولان كلامنهما يثبت بسبب النقص بالجناية[١] والاجرة باستيفاء المنفعة .

قوله : ولواختلفا فى قيمةالدابة اوارش نقصانها فالقول قول الغارم وفى رواية القول قول المالك

ما أفتى به قول ابن ادريس، لان المستأجرغارم ومنكر لزيادة يدعيها المالك وأما الرواية فهي ما رواه احمد بن محمد عن ابن محبوب عن ابى ولاد عـن الصادق عليه السلام قال: اما أن يحلف هو - أي صاحبها - على القيمة فيلزمك فان رد اليمين عليك حلفت على القيمة ولزمه ذلك ، أو يأتي صاحب البغل ببينة[٢].

وعمل الشيخ عليها في النهاية[٣] في الدابة، وقال: والحكم فيما سوى الدابة مما يقع فيه الخلاف كون البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه. والحق الاول.

قوله : ولايعمل الاجير الخاص لغير المستاجر

الاجير قسمان: خاص وهو الذي يستأجر مدة معينة بالزمان لاي عمل تصح

---

١) فى بعض النسخ : بالخيانة .

٢) الكافى ٥/ ٢٩٠ ، التهذيب ٧/ ٢١٥ ، الاستبصار ٣/ ١٣٤ .

٣) النهاية: ٤٤٦ .

الاجارة عليه ، ومشترك وهو الذي يستأجر لعمل معين مطلق أو لزمان مطلق مضبوط .

اذا عرفت هذا فالحر له ذمة تتعلق بها الحقوق اجماعاً وليس له رقبة تتعلق بها الحقوق اجماعاً الا في القصاص ، وهل له منافع يستحقها الغير بالعقد أم لا قولان ، قيل لا والا لساوى العبد في تملك منافعه ، وقيل نعم لصحة المعاوضة عليها .

وتظهر فائدة الخلاف في الاجير الخاص كما قلناه ، ان قلنا بتملك منافعه فتملك الاجارة كذلك ، وان قلنا لا تملك منافعه يكون ذلك العمل مستحقاً في ذمته . وعلى التقديرين يكون عمله لغير المستأجر في ذلك الزمان حراماً ، لاستلزامه اسقاط حق مضيق يجب اداؤه لمستحقه .

ويترتب على ذلك أنه لو آجر الاجير الخاص نفسه في ذلك اليوم لغير المستأجر فهنا حكمان :

« ١ » ان قلنا بتملك منافعه كان المستأجر الاول مخيراً بين ان يأخذ المسمى الثاني من المستأجر الثاني وبين ان يأخذ أجرة مثل ذلك العمل ولو زاد على أجرته الاولى ، وان قلنا انه حق ثابت في ذمته كانت الاجرة الثانية للاجير ويضمن للمستأجر الاول قسط ذلك الزمان ـ أي أجرة مثله .

« ٢ » ان قلنا بتملك منافعه تخير المستأجر الاول في الرجوع بقيمة تلك المنافع على أيهما شاء من الاجير والمستأجر الثاني لكون ذلك غصباً ، وان قلنا انه حق ثابت في الذمة فليس له مطالبة المستأجر الثاني بشيء بل مطالبة الاجير خاصة .

وأما الاجير المشترك فيصح عمله لغير المستأجر وله أجرة عمله من غير تعلق للمستأجر الاول بها .

(**فائدة**) العبد له منافع تتعلق بها الحقوق اجماعاً ، وكذا له رقبة تتعلق بها الجنايات اجماعاً ، وليس له ذمة بالنسبة الى مولاه اجماعاً . وهل له ذمة بالنسبة الى غيرمولاه ؟ قيل لا بل عندالاتلاف يستحق المستحق أن يستحق عليه عند حريته، وليس له مال على القول الأصح من عدم تملكه حتى تتعلق به الحقوق وعلى القول بتملكه تتعلق الحقوق بأمواله .

كتاب الوكالة

وهى تستدعى فصولا :

(الاول) الوكالة ،عبارة عن الايجاب والقبول الدالين على الاستنابة فى التصرف .

قوله : كتاب الوكالة

يقال وكلته توكيلا ، والاسم الوكالة بفتح الواو وكسرها. والوكيل القائم بالوكالة . ويقال له الجرىء أيضاً .

والتوكيل اظهار العجز والاعتماد على غيرك ، والاسم التكلان[1] .

قوله : الوكالة عبارة عن الايجاب والقبول الدالين على الاستنابة فى التصرف

---

١) والتكلان بضم التاء المبدلة من الواو . فان اصل اتكلت اوتكلت قلبت الواو ياء لانكسارماقبلها ثم ابدلت منها التاء فأدغمت فى تاء الافتعال، ثم بنيت على هذا الادغام اسماء من المثال، وان لم تكن فيها هذه العلة توهماً ان التاء اصلية ، لان هذا الادغام لايجوز اظهاره فى حال ، فمن تلك الاسماء التكلة والتكلان والتخمة والتهمة والتجأة والتراث والتقوى ، واذا صغرت قلت تكيلة وتخيمة ولا تعيد الواو لان هذه الحروف الزمت البدل فبقيت فى التصغير والجمع .

في هذا التعريف نظرمن وجوه :

(الاول) ان كان الوكالة لغة صفة قائمة بالوكيل والاستنابة صفة قائمة بالموكل فالمقصود بالتعريف : اما المفهوم اللغوي فهو صفة قائمة بالوكيل كما عرفت ، فلايجوز تعريفها بالاستنابة التي هي صفة قائمة بالموكل لتباينهما أوالعقد الشرعي وذلك هو التوكيل والتوكيل هو الاستنابة، فيبقى تقدير الكلام التوكيل هو الايجاب والقبول الدالين على التوكيل ، فيكون تعريفاً للشيء بنفسه . اللهم الا أن نعني بالايجاب والقبول لفظهما وبالاستنابة معناها فلايفسد .

(الثاني) ان الوكالة كما تكون في الافعال كذا تكون في الاقوال، وكثيرمن الاقوال لايطلق عليه التصرف عرفاً حقيقة بل مجازاً، والتعريفات تصان عن ذلك.

(الثالث) ان التصرف أعم من الصحيح وهوظاهر والفاسد كالغصب وشراء الخمر والعقود الفاسدة . والمقصود هو الاول ، فيكون تعريفاً غيرمانع .

والاجود في تعريفها أنها عقد يفيد نيابة الغيرفي شيء للمستنيب أن يتولاه بنفسه وبغيره . فالشيء يعم الاقوال والافعال ، وتقييده بماله ان يتولاه يخرج الفاسد من الاقوال والافعال . وقولنا « وبغيره » احتراز عماليس له أن يتولاه بغيره كالواجبات العينية والنذور والايمان وغيرذلك .

وهنا فوائد :

(الاولى) الايجاب هنا « وكلتك » أو« استنبتك » أو الاستيجاب كقوله « وكلتني » فيقول نعم، أوأمره بالبيع أوالشراء والقبول: اما لفظاً كقوله «قبلت» وشبهه أوفعلا كايقاع ما وكل فيه .

(الثانية) لايشترط في القبول الفورية ، فيجوز تأخره ، فان الغائب يوكل والقبول يتأخر .

(الثالثة) لايشترط وقوعهما باللفظ العربي وكذا سائرالعقود الجائزة . نعم

ولا حكم لوكالة المتبرع .

ومن شرطها أن تقع منجزة . فلا يصح معلقة على شرط ولا صفة.

لوشهدالشاهدان بانشائهمااشترط اتفاقهما على صيغة واحدة، أما لوشهدابالاقرار فلايشترط . وكذا يشترط في الانشاء اتحاد الزمان لافي الاقرار .

قوله : ولاحكم لوكالة المتبرع

قيل معناه أن الوكالة عبارة عن الاستنابة ، وهي ثلاثة جعل وأجرة وتبرع وحكمها أنه اذا فعل ما استنيب فيه استحق الجعل معه والاجرة مع عدمه مالم يكن قد تبرع فانه لاشيء له .

وفيه اشارة الى أن الاستنابة تقتضي استحقاق أجرة على العمل ، لانه عمل محلل من مسلم محترم باذن الموكل .

ويحتمل أن الوكالة بمعنى التوكيل ، وحينئذ ان عنى بانتفاء الحكم كونها باطلة في نفس الامرنافى ذلك فتواه بوقوع عقدالفضولي موقوفاًان عقدالفضولي ليس باطلا مطلقاً ، وان عنى عدم نفوذها بل تكون موقوفة علىاجازة الموكل عنه فمسلم لكن العبارة لاتفيد ذلك .

وهذا أولى من التفسير الاول ، لانه فيغيرمحله ، فيكون ذكره كالاجنبى، بخلاف التفسير الثاني . وحينئذ يمكن أن يريدبه انتفاء لزوم فعله للموكل عنه .

قوله : ومن شرطها ان تقع منجزة فلا تقع(1) معلقة على شرط ولاصفة

الشرط ما يمكن وقوعه عادة ، كقوله « ان دخلت الدار فقد وكلتك » ، والصفة ما يجب وقوعه عادة كقوله « اذا طلعت الشمس فقد وكلتك » .

---

1) في المختصر النافع : فلا تصح .

ويجوز تنجيزها وتأخير التصرف الى مــدة . وليست لازمة لاحدهما .

ولا ينعزل مالم يعلم العزل وان أشهد بالعزل على الاصح . وتصرفه قبل العلم ماض على الموكل .

قوله : ويجوز تنجيزها وتأخير التصرف الى امد

كقوله « وكلتكت الان ولا تتصرف الا في الوقت الفلاني » .

قوله: ولاينعزل مالم يعلم العزل وان اشهد بالعزل على الاصح وتصرفه قبل العلم ماض على الموكل

هذا قول ابن الجنيد والشيخ في الخلاف[1] ، واختاره المصنف والعلامة في بعض كتبه . وهو فتوى الفاضل والشهيد لوجوه :

(الاول) لوانعزل ولما يعلم لزم تكليف الغافل، لانه حكم شرعي والحكم الشرعي لوازم المكلف قبل علمه لزم تكليف الغافل. واللازم باطل فكذا الملزوم.

(الثانى) لو انعزل قبل العلم لزم الحرج والاضرار ، وهما منفيان بالكتاب والسنة : أما الملازمة فلجواز أن يبيع ثوباً فيفصله المشتري أو داراً فيهدمها أو غير ذلك مما يستلزم بطلان التصرف فيه الضرر .

(الثالث) مااحتج به الشيخ في الخلاف ، وهو أن النهي لايتعلق حكمه بالمنهي الا بعد علمه ، ولذلك لما سمع أهل قبا وهم في الصلاة أن القبلة قد

---

١) الخلاف ١٤٥/٢ قال فيه : ومن راعى العلم استدل على ذلك بأن قال : ان النهى لايتعلق به حكم فى المنهى الا بعد حصول العلم به وهكـذا أبواب نواهى الشرع كلها ، ولهذا لما بلغ اهل قبا ان القبلة قد حولت الى الكعبـة وهم فى الصلاة داروا وبنوا على صلاتهم ولم يؤمروا بالاعادة ، فكذا نهى الموكل وكيله عن التصرف ينبغى ان لايتعلق به حكم فى حق الوكيل الا بعد العلم .

حولت الى الكعبة داروا اليها ولم يعيدوا صلاتهم .

(الرابع) الروايات كرواية هشام بن سالم عن الصادق عليه السلام : ان الوكيل اذا وكل ثم قام عن المجلس فأمره ماض أبداً ، والوكالة ثابتة حتى يبلغه العزل عن الوكالة بثقة يبلغه أو شافهه بالعزل عن الوكالة[1] . ومثله رواية ابى هلال الرازي عن الصادق عليه السلام[2] . وفي حديث العلاء بن سيابة عن الصادق عليه السلام: ان علياً عليه السلام قضى بذلك[3].

وقال الشيخ في النهاية[4] وابن حمزة والتقي والقاضي والقطب وابن ادريس والعلامة في القواعد[5] انه ينعزل بالعلم أو الاشهاد ، لكونه عقداً جائزاً ، ولانه لولاه لزم لزومها في ذلك وهو باطل ، ولانه لوأعتق العبد الذي وكله في بيعه أو عتقه أو باعه لانعزل ، فاذا لم يعتبر العلم في العزل الضمني ففي صريح العزل أولى .

والذي يظهر لي أنه ان أمكنه للموكل الاعلام ولم يعلمه فلا ينعزل الا بالاعلام ، وأما اذا لم يمكنه الاعلام وظهر له مصلحة في عزله فانه ينعزل بالعزل وان لم يعلم ، لكن مع امكان الاشهاد يجب الاشهاد .

وانما قلنا ذلك لئلا يلزم تحمل الضرر الحاصل تبعاً وكالته وصيرورة الجائز لازماً ليس مقتضى ذلك ، والروايات نحملها على تمكنه من الاعلام ولم يعلمه .

وقولهم : يلزم تكليف الغافل. قلنا : ممنوع ، لان العلم بكونها عقداً جائزاً

---

١) التهذيب ٢١٣/٦ ، الفقيه ٤٩/٣ .

٢) التهذيب ٢١٤/٦ ، الكافى ١٢٩/٦ ، الاستبصار ٢٧٨/٣ ، الفقيه ٤٨/٣ .

٣) التهذيب ٢١٤/٦ ، الفقيه ٤٨/٣ .

٤) النهاية : ٣١٨ .

٥) المختلف ١٥٨/١ .

وتبطل بالموت والجنون والاغماء وتلف ما يتعلق به .

ولو باع الوكيل بثمن فأنكر الموكل الاذن بذلك القدر ، فالقول قول الموكل مع يمينه .

وبامكان تغير المصالح يمنع ذلك ، وكذا قولهم يلزم الحرج والضرر. قلنا معارض بأمرين :

« ١ » أنه لوظهر المبيع مستحقاً وقد أتلفه المشتري أو غيره عن صورته .

« ٢ » ضرر الموكل بعدم العزل اذا فاتته مصلحة ضرورية ، ولا يلزم ذلك في صورة تمكنه من الاعلام لانه هو الذي أدخل الضرر على نفسه .

وقول الشيخ في أهل قبا انهم لم يعتدوا . قلنا : التكليف مشروط بالعلم ولما انتفى علمهم بالتحويل سقط بتكليفهم بالاعادة وأجزأهم مافعلوه وليس كذلك الوكالة ، بل هي مثل الطلاق الذي لايشترط في وقوعه علم الزوجة .

قوله : ولو باع الوكيل بثمن فانكر الموكل الاذن بذلك القدر فالقول قول الموكل مع يمينه

هذا قول الشيخ في المبسوط وحكم باستعادة العين كما ذكره المصنف .

وقال في النهاية[1] يلزم الدلال اتمام ماحلف عليه المالك .

قال العلامة والوجه الاول ، لانه بيع ظهر بطلانه فكان للمالك العين .

ويحمل قول الشيخ في النهاية على تعذر استعادة العين من المشتري والقيمة

---

١) النهاية ٤٠٧ قال فيه : واذا اختلف الواسطة وصاحب المتاع فقال الواسطة قلت لي : بعه بكذا وكذا وقال صاحب المال : بل قلت : بعه بكذا واكثر من الذى قال ولم يكن لاحدهما بينة على دعواه كان القول قول صاحب المتاع مع يمينه بالله ، وله أن يأخذ المتاع ان وجده بعينه ، وان كان قد احدث فيه ماينقصه أو استهلك ضمن الواسطة من الثمن ماحلف عليه صاحب المتاع .

ثم تستعاد العين ان كانت موجودة، ومثلها ان كانت مفقودة، أو قيمتها ان لم يكن لها مثل. وكذا لو تعتذر استعادتها.

(الثاني) ما تصح فيه الوكالة.

وهو كل فعل لايتعلق غرض الشارع فيه بمباشر معين، كالبيع، والنكاح.

وتكون القيمة مساوية لما ادعاه المالك[1].

وكذا القول قول المالك لو وكل في شراء عبد فقال الوكيل اشتريته بمائة وقال المالك بثمانين، لانه غارم.

وقال الشيخ في المبسوط: القول قول الوكيل كما يقبل قوله في الرد والتلف.

وهو أجود، لان قوله مقبول فيما هو وكيل فيه، أما لو ادعى عدم الاذن في الشراء بمائة بل بثمانين مثلا فالقول قوله لما تقدم.

قوله: ماتصح فيه الوكالة، وهو كل فعل لايتعلق غرض الشارع فيه بمباشر معين

هذا ضابط حسن لايختل بشيء، ولابد فيه من شرائط ثلاثة (الأول) ان يكون مملوكاً للموكل، بمعنى امكان وقوعه منه شرعاً في حال توكيله (الثاني) أن يكون قابلا للنيابة (الثالث) أن يكون معلوماً نوعاً من العلم لينتفي معظم الغرر.

وتفصيله: أنه سائر العقود لازمة كانت أو جائزة وكذا سائر الفسوخ والايقاعات الا الظهار والايلاء واللعان والنذر والعهد واليمين، وتصح أيضاً في طلب الحقوق

---

١) المختلف ١٦١/١، وذكر فيه عن النهاية عين ما في المتن، ولم اجد هذه العبارة في النهاية لا في التجارة ولا في الوكالة بل فيه ماذكرته لك.

مالية كانت وغيرها واستيفائها ، ولاتصح فيما تعلق غرض الشارع بوقوعه من مباشر بعينه كالعبادات البدنية حال الحياة والقسمة بين الزوجات وفعل المعاصي ويصح في الجهاد حال الحياة اختياراً أو الحج مع العجز .

ووقع الخلاف في أشياء نذكرها :

(الاول) منع الشيخ منها في الاحتطاب والاحتشاش وحيازة المباحات ، وجوزها في احياء الموات . وتبعه ابن ادريس . قال العلامة وفي الجمع بين الحكمين نظر من حيث اشتراك الكل في الاباحة وان الناس فيه شرع فالتخصيص ترجيح من غير مرجح .

والحق جواز ذلك في الكل ، لان المباحات الاصح أن تملكها تفتقر الى النية .

(الثاني) منع الشيخ وابن ادريس منها في اثبات الحدود الاحدود القذف قالا لان الدعوى في غير القذف غير مسموعة. قال العلامة: فيه نظر، لامكان استتباع الدعوى حقوقاً غير الحد كالمهر مع الاكراه والارش وفسخ النكاح .

(الثالث) منع الشيخ في المبسوط الوكالة في الجهاد، لان كل من حضر الصف وجب عليه الجهاد وكيلا كان أو غيره . وقد روي أنه تدخله النيابة، وقال القاضي تدخله الوكالة ، واختاره العلامة ، وقوى بعض الفضلاء كلام الشيخ بأنه مع الحضور يصير فرض عين وفرض العين لا تدخله النيابة وحمل الرواية المحكية على الاجارة، لان الاجارة عقد لازم فلزومها يمنع من انقلاب الفرض. وهو حسن.

(الرابع) جوز الشيخ[1] الاستنابة في صب الماء في الطهارة على كراهية للقادر ومعه القاضي وقال انه الظاهر من المذهب .

وليس بجيد، لان الظاهر من المذهب هو تحريم التوكيل في فعل الطهارة

---

١) النهاية : ١٧ .

للقادر ، وأما الصب فلا لانه غير جزء من الطهارة لامكانها بدونه فيجوز النيابة فيه .

(الخامس) قال الشيخ [1] يجوز لمستحقي الزكاة التوكيل لمن يقبض لهم سهماتهم ، ومنعه القاضي وابن ادريس [2] لوجهين :

«الاول» ـ انالزكاة في الذمة بيقين ولايقين بالبراءة مع دفعها الى الوكيل لانه ليس من الاصناف الثمانية .

«الثاني» ـ [المستحق] لايملك قبل القبض فلايملك المطالبة فلايصح التوكيل لما تقدم من أن شرطها ملكية الموكل لما يوكل فيه .

أجيب عن الاول : بأن يدالوكيل يد موكله، فاذا دفع اليه بعدثبوت وكالته برئت ذمته بيقين كغيرها من الحقوق ، وعن الثاني ان النزاع ان كان في بعض المستحقين فمن اختار المالك الدفع اليه بعينه فقد شارف التملك فتجوز له المطالبة بنفسه وتوكيله ، وان كان ممن لم يختر المالك الدفع بل الى غيره فذلك لانزاع في عدم جواز توكيله وان كان النزاع في جملة المستحقين الحاضرين في البلد ، فلانسلم أنهم لايملكون المطالبة ، وذلك لوجوب التفرقة فيهم حين الوجوب وتحريم النقل عنهم خصوصاً مع عزل المالك لها ، وحينئذ تكفي مشارفة الملك في جواز المطالبة .

قوله : وتصح الوكالة فى الطلاق للغائب وللحاضر على الاصح

هذا أيضاً مما وقع فيه الخلاف ، وتحريره : انه يصح التوكيل في الطلاق للغائب قطعاً ، وهل يصح للحاضر ان يوكل ؟ أما مع العجز عن النطق فتصح

1) المبسوط ٣٦١/٢ قال فيه : ويصح من اهل السهمين التوكيل فى قبضها .

2) السرائر : ١٧٤ .

أيضاً قطعاً، وانما النزاع في حال الاختيار، فمنعه الشيخ والتقي والقاضي لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : الطلاق بيد من أخذ بالساق[1]، ولرواية زرارة عن الصادق عليه السلام: لاتجوز الوكالة في الطلاق[2]. فحملت على الحاضر لئلا ينافي روايات جواز الوكالة في الطلاق مطلقاً .

وفيه نظر، لان المراد باليد القدرة والمكنة وهي حاصلة للموكل، والرواية ضعيفة لان في طريقها الى زرارة ابن سماعة وجعفر بن سماعة وهما واقفيان، مع مخالفتها للاجماع .

وقال في الخلاف والمبسوط والمفيد في المقنعة وابن ادريس بالجواز ، للاجماع على أن الحكمين في الشقاق اذا طلقا جاز مع حضور الزوج في البلد ، ولانه لولم تجز الوكالة للحاضر لم تجز للغائب ، واللازم كالملزوم في البطلان والملازمة ظاهرة، فان مالاتجوز الوكالة فيه ومالا تجوز لايختلف حكمه بالغيبة والحضور .

(فائدة) ومنع الشيخ أيضاً في المبسوط من توكيل الزوجة في طلاق نفسها قال : وهومذهب الفقهاء . وللاصحاب فيه خلاف ، والاظهر أنه لاتصح، وتبعه ابن ادريس. وقال العلامة الوجه الجواز ، لانه فعل تدخله النيابة ، ولانه صدر من أهله ، لان فعل الوكيل فعل الموكل ، وصادف محله فيكون واقعاً ، وهو المطلوب .

قوله : ويقتصر الوكيل على ما عينه الموكل

انما يجب ذلك مع تساوي ما عينه وضده في وجه المصلحة أواختصاص

---

1) كنز العمال ٩/ ٦٤٠ .

٢) الكافي ٦/ ١٣٠ .

ما عينه بها ، أما لوصار ما عينه مرجوحاً في جانب المصلحة عرفاً أوشرعاً فانه لايجب الاقتصار على المعين بل لايجوز، كما لو أمره بالبيع بعشرة فباع بعشرين أوالشراء بعشرة فاشترى بخمسة ، فان كل ذلك صحيح ولوخالف ضمن .

ولنتمم هذا البحث بفوائد :

(الاولى) لوأمره بالبيع حالا فباعه نسيئة خوفاً على الثمن لوقبضه من خطر صح ولا لذلك يبطل لانه غرر ومخالفة .

(الثانية) لوأمره بالبيع نسيئة خوفاً على الثمن فباع حالا وقبض الثمن ضمن لوتلف .

(الثالثة) لوأمره بشراء ثوب بدينار فاشترى ثوبين به كل واحد يساوي ديناراً صح. ويدل عليه ما رواه الشيخ في الخلاف في قضية رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم مع عروة البارقي في الشاتين[1].

(الرابعة) ليس من هذا لو أمره بشراء خمر للاكتساب فاشترى خلافان الوكالة في شراء الخمر باطلة ، اذ لايملك المسلم فعل ذلك حتى يوكل فيه . وحينئذ يكون شراؤه للخل فضولا اما باطل أوموقوف على الخلاف .

(الخامسة) لووكله في البيع الى أجل مجهول كقدوم الغزاة أوالشراء اليه فهل يملك البيع الصحيح أوالشراء كذلك أم لا؟ قال الشيخ في الخلاف لايملكه[2] وهو مذهب الشافعي . والاقوى أنه يملكه ، وهومذهب ابى حنيفة ، لانه أمره بشيء مركب من شيئين البيع والاجل، والاجل لايدخل في حقيقة البيع، وحينئذ

---

١) الخلاف ١٤٩/٢ .

٢) الخلاف ١٥٠/٢ قال فيه : اذا قال ان قدم الحاج اوجاء رأس الشهر فقد وكلتك فى البيع فان ذلك لايصح . وقال فى١٤٩: اذا وكله فى بيع فاسد مثل ان يوكله فى البيع والشراء الى اجل مجهول مثل قدوم الحاج وادراك الثمار لم يملك بذلك التوكيل البيع الصحيح وبه قال الشافعي وقال ابوحنيفة يملك بذلك البيع الصحيح .

ولو عمم الوكالة صح الا ما يقتضيه الاقرار .

فساد أحدهما لايستلزم فساد الاخر، كما اذا أمره بشراء شاة وخنزير . فاذاً يكون مالكاً للبيع المطلق ، فاذا باع مطلقاً صح وانصرف الى الحال ، لان اطلاق العقد يقتضي ذلك .

(السادسة) في الصورة المذكورة هل يملك البيع الى أجل معلوم؟ يحتمل أن يقال : ان باع الى أجل هو أقل مما يحتمله الاجل المجهول المأموربه صح والابطل . اللهم الا أن يكون الثمن المأموربه الى الأجل المجهول أزيد منه الى الاجل الاقل ، فانه لايصح . أما لوتساوى الثمنان أوزاد في الاقل المعين فانه يصح . وأما صورة الشراء الى الاجل المجهول فانه لايصح له الشراء حالا لان مصلحة الحلول مرجوحة بالنسبة الى الموكل. ويحتمل أن يملك اكثر أجل يحتمله الاجل المجهول كما قلناه في البيع ، لكن مع مساواة الثمن أو اقليته والا فلا .

(السابعة) لوأمره أن يصالح عن الدم بخمر فصالح به صح وحصل العفو ، ولا كذا لوصالح بخنزير: أما الاول فلان العفوعن القصاص مبني على التغليب وأما الثاني فلمخالفته أمر الموكل ، ولان الخمر مضمون لو كان للكافر ومحترم لو كان المقصود بابقائه التخليل .

قوله : ولوعمم الوكالة صح الا ما يقتضيه الاقرار

تعيين ما فيه الوكالة امابحسب الشخص كقوله «وكلتك في بيع هذا الثوب» أوبحسب الصنف كقوله « وكلتك في بيع [كل] مالي بيعه » أو بحسب النوع كقوله « وكلتك في كل معاملاتي المالية أوكل مالي المعاملة به من أموالى » . ولاخلاف في صحة هذه الثلاثة .

أما لو أطلق كما لو قال «أقمتك مقامي في كل مالي فعله من كل قليل و كثير» قال الشيخ في الخلاف لاتصح[1]، وهو قول جميع الفقهاء الا ابن ابى ليلى محتجاً بأنه غرر عظيم ، لانه ربما ألزمه بالعقود ما لايمكنه الوفاء به ، ومايؤدي الى ذهاب أمواله مثل أن يزوجه بأربع حرائر ثم يطلقهن قبل الدخول فيلزمه نصف المهر ثم يزوجه بأربع اخروهلم جراً ، ويشتري له من الارضين والعقارات مالا حاجة له به ، وفي ذلك غرر عظيم.

وقال في النهاية والمفيد والقاضي وسلار وابن ادريس تصح ويكون ذلك مقيداً بالمصلحة . وبه يجاب عن حجة الشيخ في الخلاف . قال المصنف في الشرائع[2] : وهو بعيد عن موضع الفرض ، يريد أن الاطلاق يتناول جميع ما يضر وينفع ، والعقد اذا استلزم مثل هذا الضرر كان فاسداً وصرفه الى ما هو مصلحة خارج عن مقتضى العقد الذي أوقعه ، لان مقتضى العقد أعم من ذلك .

وجوزه هنا الا في الاقرار ، فانه لايصح أن يقر عن موكله مطلقاً . وهو قول المفيد وأحد قولي الشيخ ، فانهما قالا اذا وكل الانسان غيره في الخصومة عنه والمطالبة والمحاكمة وقبل الوكيل ذلك يجب له ما يجب لموكله ويجب عليه مايجب على موكله، الا ما يقتضيه الاقرار من الاداب والحدود والايمان، وحسن تخصيص المستثنى لاجل تخصيص المستثنى منه .

وهذا هو المفتى به : اما لانه لايدخله النيابة، لان حكمه يختص بالمتكلم اذا أنبأ عن نفسه كما قال صلى الله عليه وآله وسلم : اقرار العقلاء على أنفسهم

---

١) الخلاف ١٤٨/٢ .

٢) الشرائع ١٤٣/١ .

جائز[1] . وعلى غيرهم لا ، أولانه خلاف المصلحة ونحن قد شرطنا في تعميم الوكالة مراعاة المصلحة .

هذا كله اذا لم يصرح له بالاقرار عنه ، أما لوصرح بالاقرار عنه فقال الشيخ في الخلاف يصح اقراره ويلزم الموكل ما أقربه الوكيل، فان كان معلوماً لزم وان كان مجهولا رجع في تفسيره الى الموكل دون الوكيل .

واحتج عليه بأنه لامانع من ذلك، والاصل جوازه . وأيضاً قوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم وهذا شرط انه يلزمه ما يقربه الوكيل فيجب أن يكون جائزاً[2].

واستشكل ذلك العلامة في القواعد[3] من أنه اخبار عن حق على الموكل ولا يلزم الغير خبرالغير الأعلى وجه الشهادة ، وهذا كما لوقال « رضيت بما يشهد به علي فلان » فانه لايلزمه ، ولان الوكالة في الانشاء لافي الاخبار ، ومن أنه قول يلزم به الحق صدر باذنه فأشبه الشراء وسائر الاقوال . وللشافعي في ذلك قولان .

ثم اختلف القائلون بعدم الصحة في أنه هل يكون بالتوكيل مقراً أم لا ؟ قيل نعم ، لانه أخبرعن حق عليه لتضمن وكالته ذلك. وقيل لا ، لان التوكيل في الشيء لايكون اثباتاً لنفس ذلك الشيء والا لكان التوكيل في البيع بيعاً . هذا خلف ، ولان الامر بالامرليس أمراً .

وهذا هو الحق، لان التوكيل فيه انشاء والاقرار اخبار واللفظ الواحد لايكون

---

١) الوسائل ١٦/١٣٣ وفيه : وروى جماعة من علمائنا في كتب الاستدلال عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال...

٢) الخلاف ٢/١٤٥ .

٣) راجع القواعد ، آخر الشرط الثاني من الركن الرابع من كتاب الوكالة .

(الثالث) الموكل :

ويشترط كونه مكلفاً جائز التصرف .

ولا يوكل العبد الا باذن مولاه ، ولا الوكيل الا أن يؤذن له .

وللحاكم أن يوكل عن السفهاء والبله .

ويكره لذوى المروءات أن يتولوا المنازعة بنفوسهم .

اخباراً وانشاء معاً لاستلزام الاخبار سبق النسبة ، فان طابقها فصادق والافكاذب والانشاء لايستلزم ذلك بل هو احداث للنسبة الواقعة .

قوله : الثالث الموكل ، ويشترط كونه مكلفاً جائز التصرف

لو اقتصر على قوله « جائز التصرف » لم يحتج الى ذكر المكلف ، لان كونه جائز التصرف يشمل الجميع ، فان الصبى غير مكلف ولا جائز التصرف ، والسفيه والمفلس والعبد مكلفون مع عدم جواز تصرفهم ، فقد اشترك الكل في عدم جواز التصرف ، فكان ذكره وحده كافياً .

قوله : ولا يوكل العبد الا باذن مولاه ولا الوكيل الا ان يؤذن له

يجوز هنا كسر كاف «يوكل» وفتحها: أما الاول فمعناه لايجوز للعبد والوكيل أن يوكلا الا باذن السيد والموكل، وأما الثاني فمعناه لايجوز للانسان أن يوكل عبد غيره ولا وكيل غيره الا بالاذن . لكن ذلك غير متوجه في الوكيل الا أن يكون خاصاً بجعل فانه يكون أجيراً خاصاً، وقد تقدم أن الاجير الخاص لايعمل لغير المستأجر. والاول أنسب لسياق الكلام .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

(الاولى) انما لم يصح توكيل العبد لغيره لانه اما غير مالك كما هو الاصح أو يملك لكنه محجور عليه ، فلا يصح توكيله حينئذ مطلقاً .

وفيه نظر ، لانه يجوز توكيله فيما لنه فعله كطلاق زوجته اجماعاً ، وكذا

(الرابع) الوكيل :

ويشترط فيه كمال العقل .

في استيفاء التعزير لوقذف ، أوفي الدعوى على سيده بحق من حقوقه عليه .

(الثانية) على التفسير الثاني هل يجوز أن يتوكل لغيره بغير اذن مولاه اذالم يستلزم ابطال حق المولى أم لا ؟ يحتمل الجواز، لما قلناه ، والمشهور المنع .

(الثالثة) لو وكله غيره في شراء نفسه لموكله من مولاه ، قال الشيخ في المبسوط: فيه وجهان الصحة كما لو وكله في شراء عبد آخر باذن سيده ، وعدمها لان يده يد سيده وايجابه وقبوله باذن سيده بمنزلة مباشرة السيد فيكون موجباً قابلا معاً وهو باطل . ثم قوى الاول .

واختار القاضي الثاني ان لم يأذن له سيده والاول ان أذن. والاصح الاول مطلقاً، لان بيع السيد يتضمن رضاه ويجوز كون الشخص الواحد موجباً قابلا لما تقدم مراراً .

(الرابعة) منع الشيخ من توكيل الوكيل غيره مطلقاً ، وجوزه ابن الجنيد اذا كان الموكل غائباً وأراد الوكيل الغيبة ومنعه في غير ذلك الا بالاذن .

والحق التفصيل لاتفصيل ابن الجنيد، وهو أن نقول: لايجوز الامع التصريح أو القرينة الدالة على ذلك، امالاتساع ما وكل فيه أو ارتفاع الوكيل عن المباشرة عرفاً ، ومع عدم ذلك لايصح .

(الخامسة) هل يجوز للوكيل تولي طرفي العقد، بأن يشتري من نفسه أو يبيع على نفسه؟ منعه في الخلاف مطلقاً وجوزه في المبسوط مطلقاً، وفي النهاية يجوز مع الاذن . وهو الاقوى للاصل والظاهر ، ولان المخاطب لا يدخل في أمر المخاطب اياه بأمر غيره الا بدليل خارج ، فكذا هنا لايجوز الا بالاذن .

قوله : الرابع الوكيل ، ويشترط فيه كمال العقل

ويجوز أن تلي المرأة عقد النكاح لنفسها ولغيرها .

والمسلم يتوكل للمسلم على المسلم والذمي ، وللذمي على الذمي .

وفي وكالته له على المسلم تردد .

والذمي يتوكل على الـذمي للمسلم والذمي ولا يتوكل على مسلم .

هذا الشرط مما لاخلاف فيه، وقال التقي والقاضي لايجوز للمسلم أن يوكل الاالمسلم العاقل الامين الحازم البصير بلحن حجته العالم بمواقع الحكم العارف باللغة التي يحاوربها .

والحق أن اشتراط الأسلام انما يجب اذا كان الغريم مسلماً ، وأما اذا كان كافـراً فلا ، لاصالة الصحة وعدم المانع . وأما باقي الصفات فالمشهـور استحبابها .

قوله: والمسلم يتوكل للمسلم على المسلم والذمي للذمي على الذمي وفي وكالته له على المسلم تردد ، والذمي يتوكل على الـذمي للمسلم والذمي ولا يتوكل على مسلم

الصور ثمان : « ١ » مسلم لمسلم على مسلم ، « ٢ » مسلم لذمي على ذمي « ٣ » مسلم لمسلم على ذمي ، « ٤ » مسلم لذمي على مسلم « ٥ » ذمي لذمي على ذمي « ٦ » ذمي لمسلم على مسلم ، « ٧ » ذمي لمسلم على ذمي ، « ٨ » ذمي لذمي على مسلم.

صورتان فاسدتان اجماعاً ، وهما السادسة والثامنة . وواحدة مختلف فيها

والوكيل أمين لايضمن الا مع تعد أو تفريط .

(الخامس) في الاحكام وهي مسائل :

(الاولى) لوأمره بالبيع حالا فباع مؤجلا ولو بزيادة لم تصح ووقف على الاجازة . وكـذا لوأمره ببيعه مؤجلا بثمن فباع بأقل حالا .

ولو باع بمثله أو أكثر صح الا أن يتعلق بالاجل غرض .

ولو أمره بالبيع في موضع فباع في غيره بذلك الثمن صح .

ولا كذا لو أمره ببيعه من انسان فباع من غيره فانه يقف على الاجازة ولو باع بأزيد .

وهي الرابعة ، فقال الشيخان في المقنعة والنهاية[1] بالبطلان وقال سلار بالصحة وقـال الشيخ في الخلاف[2] والمبسوط بالكراهة ، واختاره ابن ادريس وهو حسـن .

والخمسة الباقية صحيحة اجماعاً، وتردد المصنف من حيث منع الشيخين ولانه نوع سلطة ، اذيد الوكيل يدالموكل الكافر فلايصح عملا بالاية ، ومـن أصالة الجواز وأنه لا خلاف في أن للذمي المطالبة بأي نوع كان امـا بنفسه أوبغيره .

قوله : ولوامره بالبيع في موضع فباع في غيره بذلك الثمن صـح ، ولاكذا لوامره ببيعه من انسان فباع من غيره فانه يقف على الاجازة ولو باع بازيد

---

١) النهايه : ٣١٧ قال فيه : ولا يتوكل للذمي على المسلم .

٢) الخلاف ٢/ ١٠٤٨ قال : يكره ان يتوكل مسلم لكافر على مسلم .

(الثانية) اذا اختلفا فى الوكالة . فالقول قول المنكر مع يمينه .

ولو اختلفا فى العزل أو فى الاعلام أو فى التفريط فالقول قول الوكيل . وكذا لو اختلفا فى التلف .

ولو اختلفا فى الرد فقولان :

أحدهما : القول قول الموكل مع يمينه .

والثانى : القول قول الوكيل مالم يكن بجعل ، وهو أشبه .

الفرق بين الصورتين ان المكان لايتعلق به غرض لذاته، فاذا حصل المقصود منه في غيره جاز . بخلاف الاشخاص الانسانية ، فانه قد يتعلق غرض صحيح بمعاملة شخص اما لسهولته في المعله أو لتوقيه[1] الشبهات فيها فتطلب معاملته لذلك .

ويحتمل أيضاً أن يكون قد وعده المالك بالبيع عليه والوفاء بالوعد حسن.

قوله : ولواختلفا فى الرد فقولان ، احدهما القول قول الموكل مع يمينه ، والثانى القول قول الوكيل ما لم يكن بجعل ، وهواشبه

الاول قول ابن ادريس، واختاره العلامة[2]، والمصنف في الشرائع[3]، لاصالة عدم الرد ولان الوكيل مدع والمالك منكر فيكون القول قوله عملا بالحديث .

والثاني قول الشيخ ، لانه أمين ، ولانه قبض المال لمصلحة غيره فجرى مجرى الودعي. وأما اذا كان بجعل فقول الموكل، لان قبض الوكيل لمصلحته فهو كالمرتهن والمستعير . وهذا حسن .

---

١) في بعض النسخ : اولتوجيه الشبهات فيها .

٢) المختلف ١٦٠/١ .

٣) الشرائع ١٤٥/١ .

(الثالثة) اذا زوجه مدعياً وكالتـه فأنكر الموكل فالقول قول المنكر مع يمينه ،وعلى الوكيل مهرها . وروى نصف مهرها لانه ضيع حقها .

وعلى الزوج أن يطلقها سراً ان كان وكل .

قوله : اذا زوجه مدعياً وكالته فأنكر الموكل فالقول قول المنكرمع يمينه وعلى الوكيل مهـرها ، وروى نصف مهرها لانه ضيـع حقها وعلى الزوج ان يطلقها [سراً] ان كان وكل

هنا أقوال :

(الاول) قول الشيخ في النهاية[1] أنه مع عدم البينة يحلف المنكر ويلزم الوكيل المهر كملا للزوجة بالعقد وتفريط الوكيل بترك الاشهاد ولا يتنصف الا بالطلاق وليس .

(الثاني) قول الشيخ في المبسوط ، وهوما ذكرالا أنه يلزم الوكيل النصف لانه فسخ قبل الـدخول فيجب معه النصف كالطلاق ، وللرواية المشار اليها ، وهي رواية عمربن حنظلة عن الصادق عليه السلام[2] .

(الثالث) نقل المصنف في الشرائع[3] الحكم ببطلان العقـد ظاهراً ولا شيء على الوكيل ولا الموكل ، لان الانكار مقتض لرفع العقد ولزوم المهـر مقتض لثبـوته فلا يجتمعان ، ولان المهر عوض البضع والوكيل لم يصل اليه شيء . وهو فتوى العلامة ، ونقله عن بعض علمائنا ولم نقف عليه .

والذي يقتضيه النظر أن العقد لما بطل ظاهراً بانكار الخـروج فلا يترتب

---

١) النهاية : ٣١٩ ، وليس فيه حلف المنكر.

٢) التهذيب ٢١٣/٦ ، الفقيه ٤٩/٣ .

٣) الشرائع ١٤٦/١ .

عليه حكم الا مع قيام البينة والفرض عدمها ، ولا نسلم أن الوكيل فرط بل الزوجة مفرطة بقبول قوله بغير بينة . نعم ان كان قد ضمن المهر لزمه ، وعلى ذلك تحمل .

ثم الموكل ان كان يعرف من نفسه الكذب وجب عليه باطناً أن يطلقها ويسوق اليها نصف المهر .

وهنا فوائد :

(الاولى) لورد الموكل اليمين على الوكيل قيل ان حلف ثبت العقد والمهر على الزوج .

وفيه نظر، اذ لايحلف لاثبات مال لغيره. ويمكن أن يقال: ان يمينه لاسقاط الغرم عن نفسه ، وحينئذ ينبغي أن تحلف المرأة على القول بلزوم المهر له .

(الثانية) لو ضمن الوكيل ماذا يلزمه ؟ الحق انه المهر كملا الا أن يطلق الموكل فيلزمه النصف .

(الثالثة) لوطلق الموكل عند شاهدين وسمى المرأة كان اعترافاً منه بالعقد فيلزمه النصف ظاهراً ، ولو لم يسمها لزمه باطناً خاصة .

(الرابعة) للمرأة أن تتزوج في ظاهر الامر الا أن تعلم صدق الوكيل بطريق، وحينئذ لولم يطلقها الموكل يحتمل تسلطها على الفسخ للضرورة .

(الخامسة) لو كان الوكيل صادقاً وضمن المهر لزمه ذلك للمرأة وكان له مقاصة الموكل بعد الأداء ان كان ضمن باذنه .

كتاب الوقوف والصدقات والهبات

أما الوقف : فهو تحبيس الاصل واطلاق المنفعة .

ولفظه الصريح « وقفت » وماعداه يفتقر الى القرينة الدالة على التأبيد .

قوله : أما الوقف فهوتحبيس الاصل واطلاق المنفعة، ولفظه الصريح « وقفت » وماعداه يفتقر الى القرينة الدالة على التأبيد

هنا فوائد :

(الاولى) قال الجوهري وقفت الدار للمساكين وقفاً وأوقفتها بالالف لغة ردية ، وليس في الكلام أوقفت الا حرف واحد أوقفت عن الامر الذي كنت فيه أي أقلعت ، وحكى ابوعمرو كلمتهم ثم اوقفت أي سكت ، وكل شيء تمسك عنه تقول أوقفت .

(الثانية) في الحديث عنه صلى الله عليه وآله وسلم : اذامات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث: صدقة جارية، وعلم ينتفع به، وولدصالح يستغفر له[1] .
قال العلماء : الصدقة الجارية هي الوقف ، ولذلك عرفه بعض مشائخنا بأنه الصدقة الجارية .

---

١) سنن ابي داود ٣ /١١٧ ، سنن الترمذي ٣ /٦٦٠ .

(الثالثة) عرفه المصنف بأنه تحبيس الاصل واطـلاق المنفعة . والمراد بالتحبيس المنـع من نقلـه عن جهته ، واطلاق المنفعة اباحة التصـرف فيها لمستحقها كيف أراد من التصرفات .

وهذا تعريف بالغاية ، فان غاية الوقف هوذلك ، وهومأخوذ من الحديث، أعني قوله عليه السلام : حبس الاصل وسبل المنفعة[1] . وفي الحقيقة هو العقد الدال على التحبيس والاطلاق المذكورين .

(الرابعة) ألفاظ ايجاب هذا العقد ثلاثة : « ١ » نص وهوما لايحتمل غير المعنى ، « ٢ » صريح وهو ما يرجح المعنـى فيه بحيث يحمل عند الاطلاق عليه : وقد يحمل غيـره بقرينة قريبة فيكون مجازاً في غيره ، « ٣ » كناية وهو المجمل الذي تساوى فيه المعنى وغيره، فيحمل على الوقف بقرينة بحيث يصير المجموع منها ومن اللفظ :أحد الاولين أي النص أو الصريح .

(الخامسة) وقفت صريح هنا، فان ضم اليه قيد مؤبداً لايباع ولا يوهب ولا يورث فكان نصاً ، وذلك اتفاقي ، وتصدقت وحرمت لاغيـر كناية اتفاقاً ، فان ضم اليه صدقة لاتباع ولا توهب صار صريحاً ، كما ورد في صورة وقف علي عليه السلام « هذا ما تصدق به علي بن ابي طالب وهو حي سوي تصدق بداره التي في بني زريق صدقة لاتباع ولا توهب حتى يرثها الله الذي يرث السماوات والارض، وأسكن هذه الصدقة خالاته ماعشن وعاش عقبهن، فاذا انقرضوا فهي لذوي الحاجة من المسلمين»[2].

واختلف في حبست وسبلت ، فقال الشيخ في الخلاف[3] انهما صريحان

---

١) المستـدرك ٢/٥١١ ، ابن ماجة ٢/٨٠١ ، في الاول : « وسبل الثمرة » وفي الثاني : احبس اصلها وسبل ثمرتها .

٢) التهذيب ٩/١٣١ ، الاستبصار ٤/٩٨ ، الفقيه ٤/١٨٣ .

٣) الخلاف ٢/٢٢٨.

ويعتبر فيه القبض .

ولو كان مصلحة كالقناطر أو موضع عبادة كالمساجد قبضه الناظر فيها .

ولو كان على طفل قبضه الولي ، كالاب والجد للاب أو الوصي .

ولو وقف عليه الاب أو الجد صح ، لانه مقبوض بيده .

والنظر اما في الشروط أو اللواحق :

- والشروط أربعة أقسام :

كوقفت وان ما عداهما كناية تفتقر الى القرينة ، وتبعه ابن زهرة والكيدري ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : حبس ـ الحديث .

واقتصر في المبسوط على لفظ وقفت وما عداه يفتقر الى دليل ، وقواه ابن ادريس واختاره المصنف والعلامة. وهو الحق، لان لفظ وقفت يحصل به اليقين بثبوت الوقف وما عداه مشترك بينه وبين غيره من حيث المعنى، واللفظ الدال على معنى مشترك لايدل على جزء من جزئياته بشيء من الدلالات ، فلا يثبت الوقف لاصالة بقاء الملك على مالكه مطلقاً .

(السادسة) لونوى بتصدقت وحرمت الوقف من دون قرينة لفظية دين بنيته فان اقر أنه قصد ذلك حكم عليه بظاهر الاقرار . قال الشهيد : وظاهر عبارتهم أنهما صيغة واحدة لاتغني الثانية عن الاولى وتغني الاولى وحدها مع القرينة، ولو قال جعلته وقفاً أو صدقة محرمة مؤبدة كفى .

(السابعة) لابد هنا من ايجاب وهو ما تقدم، وقبول كقبلت وشبهه مطابقاً مقارناً وقصد وتقرب .

قوله : ويعتبر فيه القبض

(الاول) في الوقف :

ويشترط فيه التنجيز والدوام ، والاقباض واخراجه عن نفسه فلو كان الى أمد كان حبساً .

هنا فوائد :

(الاولى) القبض شرط فيه اجماعاً وصفته كما في البيع اما التخلية أو الامساك باليد أو النقل بحسب حال الموقوف .

(الثانية) لايشترط فوريته ، فلو تأخر عن العقد جاز . نعم لو مات قبله بطل، خلافاً للتقي فانه قال بصحته مع الاشهاد قبل الموت اذا كان على مصلحة أو مسجد وان كان على من يصح قبضه أو قبض وليه فهي وصية ، ورواية زرارة[1] مصرحة بأن الموت قبل القبض يبطله، وهو يدل على كونه شرطاً في الصحة. وقال الشيخ في الخلاف[2] هو شرط في اللزوم .

(الثالثة) لابد فيه من اذن الواقف، فلايقع موقعه لو كان بغير اذنه. وقال ابن حمزة اذا كان الناظر الواقف فليس القبض شرطاً .

(الرابعة) القبض في المسجد صلاة مسلم صلاة صحيحة، وفي المقبرة دفنه. وهل يكفي قبض الحاكم عنهما ؟ الاجود نعم، لكونه قائماً مقام الموقوف عليهم وهم المسلمون .

قوله : الاول في الوقف ، ويشترط فيه التنجيز والدوام

التنجيز هنا له معنيان:

« ١ » عدم تعليقه على شرط أو صفة استقباليين، فلو علقه على حاصل وهو

---

١) التهذيب ٩/١٣٧ و١٤٥ ، الاستبصار ٤/١٠٢ . والرواية عن عبيد بن زرارة عنه عليه السلام .

٢) الخلاف ٢/٢٢٧ .

ولوجعاه لمن ينقرض غالباً صح ، ويرجع بعد موت الموقوف عليه الى ورثة الواقف طلقاً .

وقيل : ينتقل الى ورثة الموقوف عليه . والاول مروى .

عالم بوقوعه لم يبطل ، كقوله « ان كان اليوم الجمعة فهووقف » .

« ٢ » عدم اشتراط الخيار فيه ، فلوشرطه بطل ، وأما الدوام فهوشرط في الوقف الحقيقي ، وهوما حكم فيه بتأبيد مصرفه بحيث يعلم عادة الاستمرار فيه أما لولم يعلم ذلك بل وقف على من ينقرض غالباً ففي صحته قولان ، نقل في المبسوط عن قوم من أصحابنا بطلانه ، وقال قوم يصح حبساً وعليه الفتوى .

قوله : ولوجعله لمن ينقرض غالباً صح ويرجع بعد موت الموقوف عليه الى ورثة الواقف طلقاً ، وقيل ينتقل الى ورثة الموقوف عليه ، والاول مروى

اختار المصنف صحة الوقف على المنقرض غالباً ، وهو مذهب الشيخ[١] وابن حمزة وابن ادريس والعلامة[١] ، لان استحقاق البطن السابق شرط في استحقاق البطن اللاحق ، لوجوب اتصال الوقف كما يجيء ، فلوجعل الدوام شرطاً لزم كون استحقاق المسبوق شرطاً في استحقاق السابق ، وهودور .

وأيضاً لولم يصح التمليك الى أمد لم تصح الاجارة والسكنى ، واللازم باطل فكذا الملزوم. واذا صح حبساً فاذا انقرض المحبوس عليه لمن يكون؟ فيه قولان كما قال المصنف :

« ١ » ـ قول الشيخ والقاضي وسلار وابن حمزة حيث جعله كالعمرى ، واختاره العلامة لاصالة بقاء الملك وعدم انتقاله ، وانتقال المنافع لايستلزم انتقال الاصل فيكون له ولورثته ، ولما قلنا أنه كالسكنى والعمرى ، وتؤيده

---

١) الخلاف ٢٢٩/٢ ، المختلف ٢٤/٢ .

ولوشرط عوده عند الحاجة ، فقولان ، أشبههما : البطلان .

الرواية المشار اليها وهي رواية الحسن بن محبوب عن ابن رئاب عن جعفر بن حنان عن الصادق عليه السلام[1]. نعم هي ضعيفة الدلالة والسند لكنها مؤيدة بالنظر.

« ٢ » - قول المفيد وابن ادريس ، لانتقاله عن الواقف كما هو الفرض ، فرجوعه اليه يحتاج الى دليل ، ولان الموقوف عليه ملكه فيجري ارثه فيه . والجواب بمنع الانتقال والملك المذكورين ، وانما ذلك في الوقف المؤبد.

وهنا فوائد :

(الاولى) تردد الشيخ في المبسوط في ذلك ولم يرجح ، وما حكيناه هو قوله في الخلاف والنهاية .

(الثانية) قال ابن زهرة في هذه المسألة انه يصرف في وجوه البر . قال العلامة في المختلف : ولا بأس به ، لانتقاله عن الواقف وزوال ملكه عنه .

وفيه نظر ، لما عرفت من حكمه بعدم انتقاله .

(الثالثة) على القول الاول لومات الواقف قبل الموقوف عليه [ثم مات الموقوف عليه] قد قلنا برجوعه الى ورثة الواقف ، فهل هو الى ورثته حين موت الموقوف عليه ؟ يحتمل الاول ، لما قلنا أنه ملكه فينتقل رقبته الى وارثه ويسترسل فيه الى أن يصادف الانقراض المذكور، ويحتمل الثاني كالولاء فانه للورثة حين موت العتيق . ويظهر من الشهيد اختيار هذا، والاول عندي قوي وفرق بينه وبين الولاء ، فان الولاء لايورث بل يورث به ، بخلاف الحبيس فانه موروث كما نقل أن علياً عليه السلام حكم برد الحبيس وانفاذ المواريث[2].

قوله : ولوشرط عوده عند الحاجة فقولان أشبههما البطلان

---

١) التهذيب ٩/١٣٣ ، الفقيه ٤/١٧٩ ، الاستبصار ٤/٩٩ ، الكافي ٧/٣٥ فيه : عن جعفر بن حيان .

٢) التهذيب ٩/١٤٠ ، الكافي ٧/٣٤ ، الفقيه ٤/١٨١ .

يريدأنه اذا وقف وحصلت جملة شرائطه الأنه شرط عوده اليه عندالحاجة فهل يبطل بذلك أويكون صحيحاً وله شرطه ، قال المرتضى بالثاني، وقال انه مما انفردت به الامامية[١] . ونقله العلامة في المختلف[١] عن المفيد والشيخ في النهاية[٢] والقاضي وسلار ، واختاره واحتج له بالاصل وبقوله تعالى « أوفوا بالعقود »[٣] وبقوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم[٤] . يقول العسكري عليه السلام : الوقوف على حسب ماوقفها أهلها ، رواه محمد بن الحسن الصفارعنه مكاتبة[٥].

وقال الشيخ في المبسوط وابن ادريس وابن حمزة وابن الجنيد بالاول ، وهو الاشبه عند المصنف ، لمنافاته الوقف ، لان من شرطه اخراجه عن نفسه ، ولان الوقف ناقل الى الموقوف عليه فرجوعه يحتاج الى دليل ، ولانه صدقة ولاشيء من الصدقة يجوز الرجوع فيها والمقدمتان اجماعيتان .

والجواب عن حجة العلامة بأن الوفاء بالعقد والشرط انما يلزم مع صحتها لا مطلقاً ، والشرط المذكور نمنع صحته ، فانه نفس المتنازع .

وهنا فوائد :

(الاولى) قال العلامة في القواعد يصح الشرط ويصير حبساً ويبطل وقفاً ويرجع

---

١) المختلف ٢/ ٣٢ .

٢) النهاية ٥٩٥ قال فيه : ومتى شرط الواقف انه متى احتاج الى شيء منه كان له بيعه والتصرف فيه كان الشرط صحيحاً وكان له ان يفعل ما شرط الا انه اذا مات والحال ماذكرناه رجع ميراثاً ولم يمض الوقف .

٣) سورة المائدة : ١ .

٤) التهذيب ٧/ ٢٢ ، الكافي ٦/ ١٨٧ ، الفقيه ـ روضة المتقين ١٣/ ١٨ .

٥) التهذيب ٩/ ١٢٩ ، الكافي ٧/ ٣٧ ، الفقيه ٤/ ١٧٦ .

(الثانى) فى الموقوف :

ويشترط أن يكون عيناً مملوكة ينتفع بها مع بقائها انتفاعاً محللا .

ويصح اقباضها ، مشاعة كانت أو مقسومة .

(الثالث) فى الواقف :

ويشترط فيه البلوغ وكمال العقل وجواز التصرف .

وفى وقف من بلغ عشراً تردد ، المروى : جواز صدقته والاولى : المنع .

اليه عند الحاجة ويورث[1] . وهذا هو الاقوى عندي .

(الثانية) يحتمل في الحاجة المذكورة تفسيرها بقصورماله عن سنة لدخوله في اسم الفقر والمسكنة ، ويحتمل بقصوره عن يوم أوبسؤال غيره . والثاني قريب .

(الثالثة) لولم يشرط عوده عند الحاجة ثم انه وقفه على الفقراء فصارفقيراً فانه يشارك في الحاصل عند المصنف ، وكذا لووقف على الفقهاء وأطلق وهو فقيه حينئذ فانه يشارك، لحصول المعنى المذكورفي المصرف، فهوحينئذ راجع بدليل من خارج لابالوقف الصادرعنه .

قوله : وفى وقف من بلغ عشراً تردد ، والمروى جواز صدقته ، والاولى المنع

ينشأ من كونه محجوراً عليه فلايصح منه ، ومن فتوى الاصحاب بجواز

---

١) القواعد ، اواخر المطلب الاول من كتاب الوقوف .

صدقته والوقف صدقة كما تقدم فتكون داخلا . والرواية المشار اليها عن زرارة عن الباقر عليه السلام[١]، ومثلها عن زرعة عن سماعة عن الصادق عليه السلام[٢].

ولم ترد رواية بالصريح في جواز وقفه ، ولذلك قال المصنف والمروي جواز صدقته . والحق ما قاله المصنف ، وهو المنع من وقفه : أما أولا فلكون الوقف تصرفاً مالياً والحجر عليه يمنع ذلك ، وأما ثانياً فلضعف سماعة ، وأما ثالثاً فلانه ليس في الروايات لفظ العشر[٣] ، وانما قال الشيخ في الاستبصار وقد حد ذلك بالعشر[٤] ، وانما في الرواية لفظ « الغلام » ، قال : سألته عن طلاق الغلام [قبل] أن يحتلم وصدقته . فقال : اذا هو طلق للسنة ووضع الصدقة في موضعها وحقها فلا بأس وهو جائز[٥] فيحتمل أن يكون قد بلغ بالسن أو الانبات ولم يحتلم .

قوله : ويجوز ان يجعل الواقف النظر لنفسه على الاشبه

وجه الأشبهية أن النظر لايستلزم التملك والمنافاة للوقف . فجاز اشتراطه

---

١) الكافي ٢٨/٧ ، التهذيب ١٨١/٩ ، الفقيه ١٤٥/٤ .

٢) الاستبصار ٣٠٣/٣ .

٣) الا رواية زرارة عن الباقر عليه السلام قال : اذا اتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما اعتق وتصدق واوصى على حد معروف وحق فهو جائز . ورواية عبدالرحمن بن ابى عبدالله عن الصادق عليه السلام في الوصية وكذا رواية ابى بصير عنه عليه السلام فيها رواها في الكافي ٢٨/٧ .

٤) الاستبصار ٣٠٣/١٣ قال فيه : وقد حد ذلك بعشر سنين فصاعداً على اوردناه في كتابنا الكبير .

٥) التهذيب ٧٦/٨ ، الكافي ١٢٤/٦ ، الاستبصار ٣٠٣/٣ ، ليس « قبل » في التهذيب .

وان أطلق فالنظر لارباب الوقف .

(الرابع) في الموقوف عليه :

ويشترط وجوده وتعيينه .

لنفسه كما جاز اشتراطه لغيره . ولم نسمع فيه خلافاً الا ان ابن ادريس جعل من شرائط الوقف أن لا يتولى الواقف الوقف بنفسه ، وما ينفرد به ليس به اعتبار.

قوله : وان اطلق فالنظر لارباب الوقف

يجيء قريباً أن الوقف هل ينتقل الى الموقوف عليه أوالى الله تعالى ؟ فعلى الاول يكون النظر مع الاطلاق للموقوف عليه لانه ملكه ، ولما كان ذلك هو مذهب المصنف قال ان النظر للموقوف عليه . وعلى الثاني يكون النظر للحاكم .

هذا في الوقف الخاص ، أما العام ـ كالوقف على الفقراء ـ فالنظر للحاكم قطعاً ، وكذا الوقف على المسجد مع عدم الناظر.

قوله : ويشترط وجوده وتعيينه

هذان شرطان :

« ١ » ـ كون الموقوف عليه موجوداً ، وهذا شرطه في ابتداء الوقف لافي دوامه ، فان الوقف على الموجود وبعده على من سيوجد جائز .

« ٢ » ـ كونه معيناً ، فلو وقف على رجل من بني آدم أو على أحد هذين بطل ، وكذا لو وقف على أحد المشهدين أو المسجدين من غير تعيين .

وهنا فوائد :

(الاولى) لو وقف على معدوم ابتداء للشيخ قولان: أحدهما الصحة لانه ذكر نوعين أحدهما يصح فيه والآخر لايصح في من يصح ويبطل في الآخر، وثانيهما

وأن يكون ممن يملك ، والا يكون الوقف عليه محرماً .

فلو وقف على من سيوجد لم يصح .

ولو وقف على موجود وبعده على من يوجد صح .

والوقف على البر يصرف الى الفقراء ووجه القرب .

البطلان وهو اختيار المصنف والعلامة. وعليه الفتوى، لان الوقف انشاء والانشاءات علل الاحكام والعلل يجب اتصالها بمعلولاتها زماناً والمعلول هنا استحقاق منافع الوقف فوجب أن يكون المسحقق حاصلا حال الوقف لكنه غير حاصل في الحال : أما الاول فلان الفرض عدمه ، وأما التابع له فلان استحقاقه في الحال مخالف لشرط الواقف، فانه شرط أن يكون الاستحقاق بعد انقراض الاول .

(الثانية) تقدم حكم منقطع الاخير، كما لو وقفه على من ينقرض غالباً بقي لو انقطع وسطه ، كما لو وقف على زيد ثم على العنقاء ثم على المساكين . فيه أيضاً احتمالان البطلان والصحة في الطرفين. وتصرف غلته في الوسط الى الواقف أو وارثه وقيل الى ورثة الطرف الاول، وقيل الى الاخير لتملكهم، وقيل الى الفقراء .

(الثالثة) لو وقف على موجود ومعدوم معاً احتمل اختصاص الموجود به ، لان العطف يقتضي تساوي النسبة والموقوف وهو المجموع، فهو يقتضي ثبوته لكل واحد واحد ، لكن ثبوته للمعدوم باطل فيكون للموجود . واحتمل أن يكون للموجود النصف ، لاقتضاء العطف التشريك ، ولانه اضافة الى المجموع من حيث هو مجموع فلايعطى لواحد . والثاني أقرب .

قوله : وان يكون ممن يملك

هنا فوائد :

(الاولى) لاكلام في تملك الموقوف عليه المنافع ، وحينئذ يشترط كونه

ممن يملك، فلووقف على الجدار أوالدابة أوعلى من لايمكن نسبة الملك اليه كجبريل والجن بطل .

(الثانية) لووقف على الحمل أمكن الصحة لتملكه الوصية والبطلان لعدم القطع بحياته ولانه لم يثبت ملكه ابتداء الافي الوصية. وفرق بينها وبين الوقف لان الوقف يملك في الحال والوصية تملك في المآل .

(الثالثة) اختلف في الوقف الخاص هـل ينتقل الى الموقوف عليه أوالى الله تعالى أويبقى في ملك الواقف ؟ قال الشيخ في المبسوط بالاول ، واختاره ابن ادريس والعلامة في المختلف ، محتجاً بأن الوقف سبب قطع تصرف الواقف في الرقبة والمنفعة فوجب أن يزول ملكه عنه كالعتق وينتقل الى الموقوف عليه لانه مال لثبوت أحكام المالية فيه. ولهذا يضمن بالقيمة [فكان ملكاً] كأم الولد[1] ، وليس للواقف لما بيناه ولا لغيره من الناس اجماعاً ، فيكون للموقوف عليه .

وفيه نظر، لانتقاضه لحصر المسجد وبواريه، فانها مال يضمن وليست ملكاً لغير الله .

ونقل ابن ادريس القول الثاني واحتج من قال به بأنه صدقة وكل صدقة فهي لله تعالى ، ولانه ازالة ملك على وجه القربة لتلك المنفعة فانتقل الى الله تعالى، وبأن لازم الملك جواز البيع لقوله صلى الله عليه وآله : الناس مسلطون على أموالهم[2]. وهومنفي هنا فالملك منفي .

وفيه أيضاً نظر :

أما الاول: فلمنع الكبرى، وسند المنع قوله « انما الصدقات للفقراء »[3]

---

١) المختلف ٢/٢٣ .

٢) البحار ٢/٢٧٢ .

٣) سورة التوبة : ٦٠ .

ولا يصح وقف المسلم على البيع والكنائس .

ولو وقف على ذلك الكافر صح ، وفيه وجه آخر .

الاية . وأما الثاني: فلان الانتقال الى الله نفس النزاع . وفرق بينه وبين العتق فان المعتق ليس لأحد عليه تسلط بخلاف الوقف .

وأما الثالث : فلمنع كون جواز التصرف لازماً للملك ، لان الرهن ملك الراهن ولايجوزله بيعه، فكذلك الوقف ملك البطن الاول ولايجوزله بيعه لتعلق حق الباقين به .

وهذا القول حكاه الشيخ في المبسوط أيضاً ، والثالث قاله التقي واحتج بقوله صلى الله عليه وآله وسلم : حبس الاصل وسبل الثمرة[١].

وفيه نظر ، لمنع دلالة الحديث عليه ، لجواز الحبس على الموقوف عليه . والاقوى الاول استدلالا بالمعلول على العلة ،ولاختصاصه بأرش الجناية . والنقض ممنوع ، لان ذلك ليس خاصاً .

(الرابعة) الوقف العام ان كان مسجداً فهو فك ملك كالعتق، وان كان على جهة عامة فالاقرب أنه لله لتساوي نسبته الى الكل واستحالة ملك واحد بعينه والا لزم الترجيح من غيرمرجح ، مع احتمال انتقاله الى المسلمين لانه في الحقيقة وقف عليهم .

(الخامسة) لووقف على من لايملك ابتداء ثم على من يملك فهومنقطع الاول وقد تقدم حكمه .

قوله: ولايصح وقف المسلم على البيع والكنائس ولووقف على ذلك الكافر صح ، وفيه وجه آخر

---

١) المستدرك ٢/٥١١ ، ابن ماجة ٢/٨٠١ .

البيوت ثلاثة أقسام :

« ١ » بيوت عبادة الله باقية الحكم كالكعبة والمساجد. فهذه يصح الوقوف عليها مطلقاً.

« ٢ » بيوت يعبد فيها غير الله كبيوت البددة[١] والنيران والكواكب ، فتلك لايصح الوقف عليها مطلقاً لامن مسلم ولا كافر .

« ٣ » بيوت عبادة منسوخة كالكنيسة لليهود والبيعة للنصارى، فتلك لايصح وقف المسلم عليها قطعاً لما فيه من تشييد المذهب الباطل . ولا أعرف مخالفاً في ذلك. وهل يصح وقف الذمي عليها؟ الحق نعم لجواز ابقائها ورقها[٢] ولاقرارهم على دينهم فلابدلهم من متعبد .

قال المصنف وفيه وجه آخر ، قال الابى[٣] اني سألت المصنف عنه فقال : هو عدم الصحة لتعذرنية القربة من الكافر وهي شرط في الوقف .

وفيه نظر ، لانا لانسلم تعذرنية القربة من الكافر مطلقاً ، لقوله تعالى « وما نعبدهم الاليقربونا الى الله زلفى »[٤]. نعم ذلك متعذر في حق المعطلة كأرباب الطبيعة والدهرية .

وأورد بعض الفضلاء على المصنف أنه جوز الوقف على الذمي كما يجيء

١) البد بضم الاول : بيت فيه اصنام وتصاويروهو معرب « بت » بالفارسية . وقال ابن دريد : البد الصنم نفسه الذى يعبد لااصل له فى اللغة فارسى معرب والجمع البددة.

٢) اى اصلاحها .

٣) راجع كشف الرموز : كتاب الوقوف والصدقات . قال فيه : سألت المصنف عن ذلك فأجاب بأنه يمكن ان يقال ان نية القربة شرط في الوقف ولا يمكن ذلك فى الكافر فلا تصح منه الوقف .

٤) سورة الزمر : ٣ .

ولا يقف المسلم على الحربي ولو كان رحماً ويقف على الذمي ولو كان أجنبياً .

ولو وقف المسلم على الفقراء انصرف الى فقراء المسلمين ، ولو كان كافراً انصرف الى فقراء نحلته .

ومنع منه على البيع والكنائس ، فما الفرق اذالوقف على المتعبد هووقف في الحقيقة على المتعبد فيه .

وفيه نظر ، لوجود الفرق بأن الوقف على الذمي صدقة عليه وهي جائزة وعلى البيعة والكنيسة تشييد للمذهب الباطل وهومعصية ، حتى أنه لووقف على الذمي لكونه ذمياً بطل ، لانه اعانة له على كفره فيكون معصية .

قوله: ولايقف المسلم على الحربي ولوكان رحماً ويقف على الذمي ولوكان أجنبياً

أماالاول فلان الحربي يجب قتله فلايجوزاعانته، ولانه لايملك مال المسلم وشرطالوقف امكان الملك، ولان الوقف نوع مودة وهوظاهرولامودة للحربي لقوله تعالى «ولا تجدقوماً يؤمنون بالله واليوم الاخريوادون من حادالله ورسوله ولو كانوا آباؤهم أوأبناؤهم اواخوانهم اوعشيرتهم»[1].

وأما الثاني فيه أقوال :

« ١ » الجواز مطلقاً ، كما اختاره المصنف لانه نوع صدقة .

« ٢ » المنع مطلقاً ، وبه قال سلار والقاضي ، اذ لايتقرب بمثل ذلك مع امكان غيره مما هوأعظم منه .

---

١) سورة المجادلة : ٢٢ .

«٣» قول الشيخين[١] والتقي وابن حمزة بجوازه في حق الاقارب ، وهو الاولى للحث على صلة الرحم .

ولابن ادريس هنا اضطراب: فتارة خص الجواز بالوالدين لقوله «وصاحبهما في الدنيا معروفاً»[٢] وتارة جوزه في الرحم مطلقاً للحث على المذكور .

قوله : والمسلمون من صلى الى القبلة

هذه عبارة سلار، وقال الشيخ في النهاية[٣] من أقر بالشهادتين وأركان الشريعة وبه قال القاضي . وكذا عبارة المفيد ، الا أنه يظهر من عبارته أن فعل الصلاة جزء من الاسلام وقال ابن حمزة من أقر بالشهادتين ومن هو بحكمه من أطفالهم ومجانينهم ، والتقي يظهر من كلامه أنه لايجوز الوقف لغير المؤمن ، وقال ابن ادريس اذا كان الواقف مؤمناً محقاً فالمسلم يراد به المؤمن عملا بالقرينة .

والتحقيق أن الاسلام هو التلفظ بالشهادتين مع الاقرار بكل ماجاء به محمد صلى الله عليه وآله وسلم ، فان كان الواقف خالياً عن الاعتقاد انصرف الى ما ذكرناه ، وان كان معتقداً لمذهب من المذاهب الاسلامية انصرف الى معتقده .

---

١) قال في الخلاف ٢ / ٢٣٠ : يجوز الوقف على اهل الذمة اذا كانوا اقاربه .وقال في النهاية : ٥٩٧ : ولا بأس ان يقف المسلم على والديه او ولده او من بينه وبينه رحم وان كانوا كفاراً .

٢) سورة لقمان : ١٥ .

٣) النهاية: ٥٩٧ .

واعلم أن الغلاة[١] والخوارج[٢] والنواصب[٣] غيرداخلين في اسم الاسلام

١) هم الذين غلوا فى القول حتى قالوا ان الائمة آلهة وملائكة وانبياء ورسل واعتقدوا التناسخ فى الارواح والدور والكور فى هذه الدار وابطال القيامة والبعث والحساب والجنة والنار، وزعموا ان لا دار الا الدنيا وان القيامة خروج الروح من بدن ودخوله فى بدن آخران خيراً فخيروان شراً فشرمسرورون فى هذه الابدان اومعذبون فيها ان كانوا اهل خير ينقلون فى الاجسام الانسية المنعمة وان كانوا اهل شرينقلون الى الاجسام الردية المشوهة من كلاب وقردة وخنازير وغيرها . المقالات والفرق : ٤٤ .

وقال فى ص ٦٢ : وحكى محمدبن عيسى بن عبيدبن يقطين عن يونس بن عبدالرحمن ان الغلاة يرجعون على اختلافهم الى مقالتين هما اصلهم فى التوحيد :

فاحدى المقالتين انهم يقولون ان الله يتراءى لما شاء فيما شاء كيف شاء فى عدله اذ يرى من نفسه مايرى من خلقه فلم يجز ان يتراءى لهم فى مثل ما يعرفونه لكى يكونوا آنسين بهم ولما يدعوهم اليه اسرع فلقوله اقبل فيريهم فى مرأى العين نفسه انساناً وليس هو بانسان من جهة اقتداره على ما أراهم نفسه به .

والمقالة الثانية انهم قالوا انه فى ذاته وكنهه روح القدس ساكن فى مسكون فيه والمسكون حجابه ولا يوجد ابداً الا بصفته وصفة غيره غيرانه فى وقت احتجابه على خلقه لم يجد بداً من ان يتغيرعن ذاته وهيأته بآلة معروفة جسدانية، والدليل على ذلك انه لا نطق معروف معقول الا بجسد معروف فمن ادرك الله بغيرالله فقد ادركه . الخ .

٢) قال فى المقالات والفرق ٥ : ثم خرجت فرقة ممن كان مع على عليه السلام وخالفته بعدتحكيم الحكمين بينه وبين معاوية واهل الشام وقالوا : لاحكم الالله وكفروا علياً عليه السلام وتبرأوا منه وامروا عليهم ذا الثدية وهم المارقون فخرج على عليه السلام فحاربهم بنهروان فقتلهم وقتل ذاالثدية فسموا الحرورية لوقعة « حرورا » وسموا جميعاً « الخوارج » .

٣) قال فى مجمع البحرين : قال بعض الفضلاء اختلف فى تحقيق الناصبى فزعم البعض ان المراد من نصب العداوة لاهل البيت صلوات الله عليهم وزعم آخرون انه من نصب العداوة لشيعتهم، وفى الاحاديث مايصرح بالثانى فعن الصادق عليه السلام ليس الناصب من نصب لنا اهل البيت لانه لاتجد رجلا يقول انا أبغض محمداً وآل محمد ولكن الناصب من نصب لكم وهو يعلم انكم تولونا وانتم من شيعتنا .

والمؤمنون الاثنا عشرية وهم الامامية . وقيل : مجتنبو الكبائر خاصة . والشيعة : الامامية والجارودية .

لاعتقادهم ما علم بطلانه من دين محمدصلى الله عليه وآله وسلم ضرورة ،وكذا قيل يخرج المجبرة والمشبهة .

قوله : والمؤمنون الاثنا عشرية وكذا الامامية ، وقيل مجتنبو الكبائر

لا كلام أن الامامية يراد به الاثنا عشرية، أعني المعتقدين لامامة الاثني عشر وعصمتهم والنص عليهم والقول بوجوب الامامة في كل زمان ، لوقوع الاتفاق على أن هذا الاسم لايطلق الاعلى من اعتقد هذا الاعتقاد سواء كانت مجتنبى الكبائر أولا .

وأما المؤمنون فهلهم من ذكرناه أولا بد مع ذلك من اجتناب الكبائر ؟ قال سلار وابن ادريس والمصنف والعلامة بالاول، وهوالحق لما ثبت في علم الكلام[1]. وقال الشيخان[2] والقاضي وابن حمزة بالثاني، والخلاف مبني على أن العمل ثلث الايمان أوثمرته لا جزؤه . وقد حققنا ذلك في كتاب اللوامع .

قوله : والشيعة الامامية والجارودية[3])

---

١) قال الخاجا نصيرالدين الطوسي في تجريد الكلام : والايمان التصديق بالقلب واللسان ولا يكفي الاول لقوله تعالى «وجحدوا بها واستيقنتها انفسهم» ونحوه، ولا يكفي الثاني لقوله تعالى قل لم تؤمنوا ــ الى ان قال ــ : والفاسق مؤمن لوجود حده فيه . وقال العلامة الحلى فى شرحه : والحق ما ذهب اليه المصنف وهو مذهب الامامية والمرجئة واصحاب الحديث وجماعة الا شعرية من انه مؤمن والدليل عليه ان حد المؤمن موجود فيه .

٢) النهاية ٥٩٧ قال فيه : فان وقف على المؤمنين كان ذلك خاصاً لمجتنبى الكبائر من اهل المعرفة بالامامة دون غيرهم .

٣) فى المقالات والفرق ١٨ : الجارودية اصحاب ابى الجارود زياد بن المنذر بن زياد الاعجمى فقالوا بتفضيل على عليه السلام ولم يروا مقامه لاحد سواه وزعموا ان من

للناس في تفسير التشيع أقوال :

« ١ » قال الفخر الرازي: الشيعة جنس تحته أربعة انواع: الامامية، والزيدية والغلاة ، والاسماعيلية .

وهو بمعزل عن التحقيق ، لان الغلاة والاسماعيلية خارجون عن الاسلام فضلا عن التشيع ، وكذا الصالحية والسليمانية من الزيدية لاعتقادهم خلافة الشيخين ليس لهم في التشيع نصيب.

« ٢ » أنه اسم لمن شايع علياً عليه السلام في الامامة بغير فصل ، وقد جعلهم ابن نوبخت هم المسلمين وكمل منهم الفرق الثلاث والسبعين .

«٣» أنه اسم للامامية والجارودية لاغير، وهوقول الشيخين وسلار والقاضي وابن حمزة ، واختاره المصنف والعلامة .

والذي يظهر أن التشيع لايطلق في الحقيقة الاعلى الامامية كما بيناه في اللوامع وأما في الوقف فانه يتبع ما يعتقده الواقف ، ان كان ممن ليس له اطلاع على المذاهب والأقوال والاتبع الاسم . ولاشك أن كل من قال بامامة علي عليه السلام بعد النبي صلى الله عليه وآله وسلم بلافصل يدعي أنه شيعي فيصرف اليه .

قوله : والزيدية من قال بامامة زيد

الزيدية في التحقيق كل من قال بامامة علي والحسنين عليهم السلام وامامة كل من خرج من نسل أحد الحسنين عالماً زاهداً شجاعاً داعياً الى نفسه ، فلذلك قالوا بامامة زيد ولم يقولوا بامامة أبيه سيد العابدين عليه السلام لعدم قيامه .

رفع علياً عن هذا المقام فهو كافروان الامة كفرت وضلت فى تركها بيعته ثم جعلوا الامامة بعده فى الحسن ثم فى الحسين عليهما السلام ثم هى شورى بين اولادهما فمن خرج منهم وشهر سيفه ودعا الى نفسه فهو مستحق للامامة .

والفطحية : من قال بالافطح . والاسماعيلية : من قال باسماعيل ابن جعفر عليه السلام . والناووسية : من وقف على جعفر بن محمد. والواقفية من وقف على موسى بن جعفر عليهما السلام . والكيسانية : من قال بامامة محمد بن الحنفية .

ولو وصفهم بنسبة الى عالم ، كان لمن دان بمقالته ، كالحنفية . ولو نسبهم الى أب ، كان لمن انتسب اليه بالابناء دون البنات على الخلاف ، كالعلوية والهاشمية . ويتساوى فيه الذكور والاناث. وقومه أهل لغته ، وعشيرته الادنون فى نسبه .

وما أطرف قول الابى في شرحه انهم يقولون بامامة علي بن الحسين عليهما السلام، وكأنه لم يقف على شيء من كتب المذاهب والمعتقدات .

اذا عرفت هذا فعند ابن ادريس ان كان الواقف زيدياً انصرف وقفه الى من ذكرناه ، وان كان امامياً لم يصح وقفه .

وفيه نظر ، لانه يصح الوقف على الذمي فكيف لايصح على الزيدي .

قوله : ولو نسبهم الى أب كان لمن انتسب اليه بالابناء دون البنات على الخلاف

تقدم الخلاف في ذلك ، ويؤيد ما قاله قول الشاعر :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الاباعد

وقد يحتج المخالف بأن عيسى ابن آدم عليهما السلام والحسنين ابناء رسول الله « ص » .

قوله : وقومه أهل لغته وعشيرته الادنون فى نسبه

مسألتان :

(الاولى) القوم ، والاكثر على أنهم أهل لغته ، ثم انه هل يستوي في ذلك الذكور والاناث أو يختص الذكور ؟ عبارة سلار تدل على الاول ، واطلاق المصنف يقتضي ذلك . وقال الشيخان[1] والقاضي وابن حمزة بالثاني ، وقال التقي ان علم قصده لشيء أتبع والا أتبع عرف قومه في ذلك الاطلاق ، وقال ابن ادريس لو وقف على قومه يصرف الى الرجال من قبيلته ممن يقضي العرف بأنهم اهله وعشيرته ويشهد بذلك العرف وفحوى الخطاب . قال دريد :

قومي هم قتلوا أميم اخي   فاذا رميت يصيبني سهمي

وهو المختار ، لان اللغة لامدخل لها في ذلك . وانما قلنا باختصاص الرجال لان اسم القوم لغة يتناولهم ، ولقوله تعالى « لايسخر قوم من قوم ولا نساء من نساء »[2] ، وقال زهير :

فما أدري ولست[3] أخال أدري   أقوم آل حصن أم نساء

ومستمسك الشيخين الرواية ، وهي ان صحت تحمل على كل عشيرة لرجل لهم لغة يختصون بها لا مطلقاً ، فانه كم من عشيرة رجل يشارك عشيرة غيره في اللغة .

(الثانية) العشيرة قال الشيخان[4] هم الخاص من قومه الذين هم أقرب الناس اليه ، وبه قال القاضي وسلار وابن ادريس ، وفصل التقي كما تقدم ، وهو أحد

---

١) النهاية ٥٩٩ : وان وقف على قومه ولم يسمهم كان ذلك على جماعة اهل لغته من الذكور دون الاناث .

٢) سورة الحجرات : ١١ .

٣) في بعض النسخ : وسوف اخالي .

٤) النهاية ٥٩٩ : فان وقفه على عشيرته كان على الخاص من قومه الذين هم اقرب الناس اليه في نسبه .

ويرجع بالجيران الى العرف ، وقيل بمن يلى داره الى أربعين ذراعاً ، وقيل الى أربعين داراً . وهو مطرح .

قولي الكيدري ، وفي الاخر أنه لافرق بينهم وبين القوم .

والاولى أنهم الذرية والخاص من قومه . وحصرهم ابن زهرة في الذرية، وهوضعيف فان العرف يدفعه .

(فائـدة):

العترة قال الجوهري عترة الرجل نسله ورهطه الأدنون، وقال ابن ادريس هم الأخص من قومه وعشيرته استدلالا بقول تغلب وابن الاعرابى ، وقال ابن زهرة والكيدري هم الورثة . وما قاله الجوهري أجود ، فهي أعم من الذرية وأخص من العشيرة .

قوله : ويرجع فى الجيران الى العرف ، وقيل بمـن يلى داره الى اربعين ذراعاً ، وقيل الى اربعين داراً ، وهومطرح

الاول قول المصنف، والثاني للشيخين[1] والنقي وأتباعهم، والثالث منقول عن عائشة عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم[2]. ويمكن حمله على أربع جهات فيكون كل جهة عشرة دورفيقارب اربعين ذراعاً[3] من كل جهة . والفتوى على الثاني ، لان العرف ليس له تقدير مخصوص فلايناط به حكم شرعي .

وهنا فوائد :

---

١) النهاية ٥٩٩ قال : كان مصروفاً الى اربعين ذراعاً من اربع جوانبها وليس لمن بعد عن هذا الحد شيء .

٢) المغنى لابن قدامة ٥٥٦/٦ طبع دارالكتب العربية بيروت سنة ١٣٩٠ .

٣) وكل ذراع اربعة وعشرون اصبعاً، وقيل : الذراع ست قبضات والقبضة اربع اصابع .

ولو وقف على مصلحة فبطلت قيل يصرف الى البر .

واذا شرط ادخال من يوجد مع الموجود صح .

ولو أطلق الوقف وأقبض لم يصح ادخال غيرهم معهم ، أولاداً

(الاولى) الذراع هنا هو الشرعي ، وقد تقدم ذكره في تحديد المسافة .

(الثانية) ان ذلك معتبر من كل جهة من الاربع .

(الثالثة) هل يعطى من هو على رأس الاربعين ، بمعنى أنه غاية الذراع الى جداره أم لا . ومبنى ذلك على دخول الغاية في المغيى. وصرح القاضي بدخوله، قال الشهيد وهو قوي. والاجود عدمه، لان المفصل محسوس لايدخل في مغياه .

قوله : ولو وقف على مصلحة فبطلت قيل يصرف الى البر

القول للشيخين[1] وابن ادريس ، والمصنف يستضعف ذلك . وبيانه : ان مذهب الشيخ أن الوقف على من ينقرض غالباً يرجع الى الواقف أو وارثه بعد الانقراض ، فلم لايكون هنا كذلك .

قلت : في ذلك نظر ، اذ للشيخ ان يجيب بأن الوقف على المسجد مثلا أو القنطرة وقف في الحقيقة على المسلمين فاذا بطلت لم ينقرض المسلمون فيصرف الى مصالحهم في غيرها لكن الى ما هو أقرب تشبهاً بتلك المصلحة ، كما اذا وقف على مسجد فباد أهله أو على قنطرة فانقطع الماء فانه يصرف الى مسجد آخر أو قنطرة أخرى ، لانه لايلزم من زوال الشخص زوال الصنف ، لجواز تعلق غرض الواقف به أو بنوعه ، فلايتعدى الى الجنس مع امكان الاقرب .

قوله : ولو اطلق الوقف واقبض لم يصح ادخال غيرهم معهم اولاداً

١) النهاية ٦٠٠ : واذا وقف المسلم شيئاً على مصلحة فبطل رسمها جعل في وجه البر.

كانوأوأجانب. وهل له ذلك مع أصاغرولده؟ فيه خلاف، والجواز مروى . أما النقل عنهم فغير جائز .

كانوا اواجانب ، وهل له ذلك مع اصاغرولده ؟ فيه خلاف والجوازمروى
اما النقل عنهم فغيرجائز

هنا مسائل :

(الاولى) لاخلاف أن مع اطلاق الوقف والموقوف عليهم بالغون وحصلت الشرائط كلها لايجوزادخال غيرهم. نعم عند المفيد أنه لوحدث في الموقوف عليه حدث يمنع الشرع من معونته والصدقة عليه والتقرب الى الله بصلته جاز التغيير لان الوقف صدقة فلا يستحقه من لايستحقها ، فاذا حدث في الموقوف عليه كفر أوفسق بحيث يستعان بذلك المال عليهما جاز حينئذ للواقف التغيير والادخال . وليس بعيداً من الصواب وان منعه ابن ادريس وغيره .

هذا مع حدوث المانع أما لو كان حاصلا حال الوقف فلا .

(الثانية) لووقف على أولاده الصغاروأطلق وقبض عنهم هل له أدخال غيرهم معهم ؟ قال الشيخ في النهاية[1] نعم، للرواية المشاراليها، وهي عن عبدالرحمن ابن الحجاج عن الصادق عليه السلام في الرجل يجعل لولده شيئاً وهم صغارثم يبدوله أن يجعل معهم غيرهم من ولده . قال:لابأس[2].

ومثله عن محمد بن سهل عن ابيه عن الرضا عليه السلام عن الرجل تصدق على بعض ولده بطرف من ماله ثم يبدو له بعد ذلك أن يدخل معه غيره من ولده قال : لابأس به[3].

١) النهاية : ٥٩٦ .

٢) الكافى ٣١/٧ ، التهذيب ١٣٥/٩ ، الاستبصار ١٠٠/٤ .

٣) التهذيب ١٣٦/٩ ، الاستبصار ١٠١/٤ .

وأطلق الباقون المنع من ذلك للزوم الوقف ولقول العسكري عليه السلام الوقوف على ما وقفها أهلها[1]، وهو يفيد الوجوب. ولرواية جميل بن دراج عن الصادق عليه السلام: رجل تصدق على ولده بصدقة وهم صغار أله أن يرجع فيها؟ قال: لا الصدقة لله عزوجل[2].

وأجابوا عن الاولى بأنه لادلالة فيها على الوقف، لجواز أن يكون وصية وكذا عن الثانية. وأيضاً الصدقة لايستلزم الوقف مع الاطلاق كما تقدم، وحينئذ تكون صدقة جائزة النقل فيتقبل بعضها ثم ينقله الى أولاده الاخر.

(الثالثة) اتفق الكل على أنه لايجوز النقل عن الاصاغر وغيرهم، لما تقدم من لزوم الوقف وقول العسكري عليه السلام.

(الرابعة) لو شرط الواقف وصفاً كمالياً كصلاح وفقه وغير ذلك فزال جاز النقل، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: المؤمنون عند شروطهم[3]. وحينئذ نقول اذا زال ذلك الوصف في الجملة فهنا مسائل:

«الاولى» أن يزول عن بعضهم فيكون الباقين، «الثانية» أن يزول عن الكل ويوجد في البطن التي يليهم فيكون لهم، «الثالثة» أن لايوجد في البطن الثانية يصرف في البر، «الرابعة» اذا صرف في البر وعاد الوصف الى البطن الاولى عاد الاستحقاق، «الخامسة» صرف في البر ولم يعد الوصف في الاولى انتظر البطن الاخرى فان وجدت وفيها الوصف بطل البر واستحقت وهكذا.

ويحتمل ان مع زوال الوصف عن احد البطون يكون الحاصل للغاية الابدية

---

1) الكافي ٣٧/٧، التهذيب ١٢٩/٩، الفقيه ١٧٦/٤، الوسائل ٢٩٥/١٣.

2) الكافي ٣١/٧، التهذيب ١٣٥/٩، الاستبصار ١٠٢/٤.

3) التهذيب ٢٢/٧، الكافي ١٨٧/٦، الفقيه ـ روضة الواعظين ـ ١٨/١٣ وفيه: المسلمون.

وأما اللواحق فمسائل :

(الاولى) اذا وقف في سبيل الله ، انصرف الى القرب ، كالحج ، والجهاد ، والعمرة ، وبناء المساجد .

(الثانية) اذا وقف على مواليه دخل الأعلون والادنون .

المتناسبة لا أي بر كان ، كما لو كانت الغاية الابدية الصرف في حج أوغزو أو زوار أوغير ذلك من أصناف البر، فانه يختص بها دون باقي الاصناف . وكأن هذا أقوى .

قوله : اذا وقف في سبيل الله انصرف الى القرب كالحج والجهاد والعمرة وبناء المساجد

خصه الشيخ في المبسوط والخلاف[1] بالحج والعمرة والجهاد، وابن حمزة بالجهاد. والحق أنه لادليل على هذا التخصيص بل كل ما يتوسل به الى شيء فهو سبيل الى ذلك الشيء ، وحينئذ يكون كل ما يتوسل به الى الله فهو سبيل اليه تعالى.

وللشيخ في المبسوط تفصيل وافق فيه الشافعي، وهو أن سبيل الله هو ما تقدم وسبيل الثواب هو الفقراء والمساكين ويبدأ بأقاربه ، وسبيل الخير هو الاصناف الخمسة الفقراء والمساكين وابن السبيل والغارمون لمصلحتهم والمكاتبون . ثم قال : ولو قيل بتداخلها كان قوياً . وهو الاصح الامع معرفة قصد الواقف .

قوله : اذا وقف على مواليه دخل الاعلون والادنون

المولى يقال لغة على معنيين : « ١ » المعتق بكسر التاء وهو المولى الاعلى « ٢ » المعتق بفتح التاء وهو المولى الادنى .

---

١) الخلاف ٢/ ٢٢٩ قال : اذا وقف وقفاً وشرط ان يصرف منفعته في سبيل الله جعل بعضه للغزاة المطوعة دون العسكر المقاتل على باب السلطان وبعضه في الحج والعمرة لانهما من سبيل الله .

فاذا وقف الواقف على مواليه فلايخلومن أحوال ثلاثة : « ١ » أن يكون له المولى الاعلى لاغيرفينصرف الاطلاق اليه، « ٢ » أن يكون له الاسفل لاغير فينصرف أيضاً الاطلاق اليه ، « ٣ » أن يكون له المولیان معاً .

فان وجدت قرينة حالية أومقالية اتبعت ، وان لم توجد قرينة قال الشيخ في المبسوط والخلاف[1] وابن ادريس والمصنف دخلا معاً واستحقا . واستدل عليه في الخلاف بأن ذلك ليس ببعيد ، كما أن الوقف على الاخوة مع الاطلاق يتناول الاخوة المتفرقين . واستدل عليه بأنه جمع مضاف فيعم كغيره .

وقال العلامة[2]: مع انتفاء القرينة واللفظ مفرد يبطل الوقف وان كان جمعاً ومنعنا من اطلاق المشترك على جميع معانيه يبطل أيضاً كالمفرد . قال : وانما قلنا ذلك لان لفظ « المولى» مشترك بين معان متضادة كالمعتق والمعتق، وقدثبت في الأصول امتناع اطلاق المشترك على جميع معانيه .

وأجاب عن حجة الشيخ بأن الفرق حاصل بين المولى والاخ ، لان الاخ مقول بالتواطي، وعن الثانية بأن العام لفظ مستغرق لجميع ما يصلح له بوضع واحد والمشترك ليس كذلك فلايكون المتنازع عاماً .

أقول : ويمكن أن ينتصر للشيخ بوجهين :

« ١ » ـ انا لانسلم أن تسميتهما مولى باعتبار العتق حتى يكون مشتركاً بين ضدين، لاحتمال أن يكون باعتبارمعنى موجود فيهما وهو الولاية : أما وجودها في السيد قبل العتق فظاهر، وأما بعده فلثبوت الولاية عليه ، وأما في العبد فلان له الولاية على نفسه بعد العتق. فيكون الاشتراك معنوياً وتكون لفظة «المولى»

---

١) الخلاف ٢ / ٢٣٠ قال : اذا وقف على مولاه وله موليان مولى من فوق ومولى من اسفل ولم يبين انصرف اليهما. وقال : لان اسم المولى يتناولهما فوجب صرفه اليهما.

٢) المختلف ٢ / ٣٨ .

(الثالثة) اذا وقف على أولاده، اشترك أولاده البنون والبنات، الذكور والاناث بالسوية.

مفعلا بمعنى الفاعل.

«٢» - سلمنا أن الاشتراك لفظي لكن الممنوع في الاصول على الخلاف هو الاستعمال على طريق الحقيقة، أما على المجاز فلا خلاف في جوازه.

ان قلت: المجاز يستدعي قرينة فأي قرينة هنا؟

قلت: القرينة اما في المفرد فيتعذر حمله على الحقيقة، وأما في الجميع فنقول: اذا تعدد المولى من الطرفين أواتحد من طرف وتعدد من الاخر فانه يحمل على الجميع مجازاً، والقرينة اما استحالة الترجيح من غير مرجح كما في الاول أوتعذر الحقيقة كما في الثاني أوامكان ارادة الجمع والمفرد فلاتتيقن البراءة الابالحمل على الكل فتحمل.

واعلم أن لابن حمزة هنا تفصيلا استحسنه العلامة في المختلف[1] وهو أنه قال: اذا وقف على مولاه اختص بمولى نفسه دون موالي أبيه وبمولاه الذي أعتقه دون مولى نعمته، الا اذا لم يكن له مولى عتق وكان له مولى نعمة، وان قال «على موالي» دخل فيه مولى العتاقة ومولى النعمة.

قال السعيد: وهومبني على أن لفظة «المولى» مقولة بالتشكيك المعنوي ومقوليتها على الذي اعتقه هو أولى من ولي نعمته وانه يحمل لفظ الجمع عليهما.

قلت: هذا يستلزم الاشتراك المعنوي كما قلناه، اذ التشكيك أحد أقسامه.

قوله: اذا وقف على أولاده اشترك اولاده البنون والبنات الذكور والاناث بالسوية

---

١) المختلف ٢/٣٨.

هذه الجملة تقتضي مسائل :

(الاولى) اذا وقف على أولاده ولم يقل لصلبي هل يدخل فيه أولاده ام لا، وكذا لو قال على أولادي وأولاد أولادي هل يختص بالبطنين أم يدخل فيه البطن الثالث والرابع وهكذا ؟

قال المفيد والتقي والقاضي وابن ادريس تدخل أولاد الاولاد في الاولى والبطن الثالث والرابع وهكذا في الثانية. واحتجوا بالاستعمال كقوله « يا بني آدم » « يا بني اسرائيل يوصيكم الله في أولادكم »[1] وغير ذلك من الايات، وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : ارموا بني اسماعيل فان اباكم كان رامياً[2] . وقوله صلى الله عليه وآله وسلم للحسنين عليهما السلام: هما ولداي[3].

وقال الشيخ وابن الجنيد بخلاف ذلك في المسألتين ، لان اسم الولد لا يصدق حقيقة الاعلى من ولد من صلبه ، فان أطلق على ولد الولد فمجاز لصحة سلبه عنه، تقول «هذا ليس ولدي بل ولد ولدي» ، ولا يحمل الكلام على المجاز الامع القرينة .

وبه يجاب عن حجة المفيد ، فان الاطلاق فيما ذكره مجاز للقرينة .

واختار المصنف هنا مذهب المفيد والعلامة مذهب الشيخ ، وهو أقوى .

(الثانية) اذا قلنا بدخول أولاد الاولاد هل تدخل أولاد البنات ؟ الحق ذلك ويقع الفرق بين قوله « اولاد أولادي » وقوله « من انتسب الي » فتدخل أولاد البنت في الاول وفي الثاني خلاف تقدم .

---

١) سورة النساء : ١١ .

٢) ابن ماجة ٢/٩٤١ فيه : رمياً بني اسماعيل فان اباكم كان رامياً. اخرجه البخارى ـ شرح الكرماني ١٢/١٦٤ .

٣) قاله صلى الله عليه وآله وسلم مراراً . انظر كنز العمال ١٢/١١٢ ، ١٣/٦٥٨ وما بعدهما .

(الرابعة) اذا وقف على الفقراء انصرف الى فقراء البلد ومن يحضره .

وكذا كل قبيل متبدد كالعلوية والهاشمية والتميمية .

ولا يجب تتبع من لم يحضره .

(الخامسة) لايجوز اخراج الوقف عن شرطه ، ولا بيعه الا أن يقع خلف يؤدي الى فساده على تردد .

(الثالثة) اذا أطلق الاولاد وأولاد الاولاد اشترك الذكور والاناث بالسوية عند اكثر الاصحاب ، لاصالة عدم التفصيل . وقال ابن الجنيد للذكر مثل حظ الانثيين كالارث . والحق الاول كالوصية والاقرار .

(الرابعة) لووقف على أولاده أوالمنسوب اليه دخل الخنثى قطعاً، أما لوقال على البنين أوالبنات يحتمل عدم الدخول . والاقرب القرعة ، لانها في نفس الامرمن أحد الصنفين .

قوله : ولايجب تتبع من لم يحضره

أي في جميع الصور بل يصرف الى الحاضرين وقت القسمة ، لاصالة استحقاقهم وأصالة عدم وجوب التتبع . وهنا مسائل :

(الاولى) هل يجوز النقل الى بلدآخر؟ قال الشهيد لوتتبعه جازولاضمان في الاقرب، والاولى أنه مع وجود المستحق لايجوز النقل ويجوزمع عدمه ولاضمان.

(الثانية) لايجزي اعطاء أقل من ثلاثة مراعاة لاقل الجمع .

(الثالثة) لايجب التسوية في الوقف العام المنتشربل يجوز ولومتفاوتاً، أما الخاص المنحصر فيجب فيه التساوي ، خصوصاً على القول بملكهم .

قوله: ولايجوزاخراج الوقف عن شرطه ولابيعه الاان يقع خلف فيؤدى الى فساده على تردد

أما الاول فلما تقدم من خبر العسكري عليه السلام[1] ، فلوخرب المسجد لم تخرج العرصة عن الوقف لرجاء عمارته وعمارة القرية أوصلاة المارة به ، وكذا لوخربت الدار أوالقرية .

وأما الثاني ـ وهو عدم جواز بيعه ـ فقال ابـن ادريس لايجوز بيعه مطلقاً سواء خرب أولا وسواء وقع فتنة بين أربابه أولا، محتجاً برواية ابى علي بن راشد عن الكاظم عليه السلام : لايجوز شراء الوقف[2].

وقال الثلاثة بجواز بيعه اذاآل الى الخراب، وزاد المفيد والمرتضى وسلار وابن حمزة أوتكون لهم حاجة ضرورية داعية الى بيعه. واحتجوا برواية علي ابن مهزيار عن ابى جعفرعليه السلام[3] وانه كتب بخطه جواباً لسؤاله : ان رائى له ان كان قد علم الاختلاف ما بين أصحاب الوقف أن بيع الوقف أمثل فانه ربما جاء في الاختلاف تلف الاموال والنفوس .

وفصل التقي والقاضي وابن بابويه فقالوا ان كان مؤبداً لايجوز بحال وان كان حبساً جازبيعه بالشرط الذي ذكروه واحتجوابرواية جعفربن حنان عن الصادق عليه السلام : اذا رضوا كلهم وكان البيع خيراًلهم باعوا[4] . فان مفهومها يدل على عدم التأبيد وبأنه جمع بين الروايتين الاولتين .

ومنشأ تردد المصنف الخلاف المذكور. والحق أنه في صورة الحبس لا يجوز للمحبوس عليهم البيع ، لانه ليس ملكاًلهم لما تقدم. اللهم الااذا اتفقوا

---

١) الكافى ٣٧/٧ ، التهذيب ١٢٩/٩ .

٢) التهذيب ١٣٠/٩ ، الكافى ٣٧/٧ ، الاستبصار ٩٧/٤ .

٣) التهذيب ١٣٠/٩ ، الفقيه ١٧٨/٤ ، الكافى ٣٦/٧ ، الاستبصار ٩٨/٤ .

٤) التهذيب ١٣٣/٩ ، الاستبصار ٩٩/٤ ، الكافى ٣٥/٧ ، وفيه عن جعفربن حيان الفقيه ١٧٩/٤ .

(السادسة) اطلاق الوقف يقتضي التسوية، فان فضل لزم .

مع الحابس أو وارثه على البيع ، فانه جائز لبقائه على ملك الحابس أو وارثه .

وأما المؤبد فلا يجوز بيعه قطعاً في صورة كونه أنفع ، لما فاته قصد الواقف ومفهوم الوقف ولعدم اختصاصهم بتملكه بل هو ملك أيضاً لباقي البطون، والرواية منافية فلا يعمل بها . وأما اذا آل الى الخراب لأجل الاختلاف بحيث يتعطل ولا ينتفع به أصلا فيجوز بيعه والا لكان ابقاؤه اتلافاً واضاعة للمال وهو منهي عنه شرعاً .

ثم هنا فوائد :

(الاولى) اذا بيع وأمكن شراء غيره يكون وقفاً وجب لكونه أوفق لقصد الواقف ، فانه اذا لم يكن تأبيده بحسب الشخص فليكن بحسب النوع .

(الثانية) اذا أمكن شراء مثله يكون أولى ، لما قلناه من كونه أشبه بغرض الواقف .

(الثالثة) ان كان ثم ناظر شرعي تولى البيع والشراء المذكورين والا فالحاكم .

(الرابع) هل بمجرد الشراء بالعين يصير وقفاً أو يفتقر الى ايقاع صيغة شرعية الظاهر الثاني .

(الخامسة) لو انكسرت خشبة من الوقف بحيث لا يمكن الانتفاع بها الا للنار جاز بيعها واشترى بثمنها ما يصير وقفاً كما قلناه .

قوله : اطلاق الوقف يقتضي التسوية فان فضل لزم

تقدم خلاف ابن الجنيد، أما لو قال «على كتاب الله» فانه يكون للذكر سهمان وللانثى سهم ، ولو نص معه الواقف على العكس جاز .

(السابعة) اذا وقف على الفقراء وكان منهم جاز أن يشركهم .

قوله : اذا وقف على الفقراء وكان منهم جازان يشركهم

هنا أقوال :

(الاول) قول الشيخ في المبسوط اذا وقف عاماً ـ مثل أن يقف على المسلمين جاز له الانتفاع به بلا خلاف ، لانه يعود الى أصل الاباحة فيكون هو وغيره فيه سواء .

(الثاني) قال ابن الجنيد : اذا وقف ولم يخرجه من يده جاز له أن يأكل وينتفع به ويكون رجوعاً ، وان لزم الوقف بالاخراج أو كان في واجب عليه وكان ما تصدق به غير مخصوص به أحداً بل عام كالمسجد جاز له أن يصلي فيه وأن يأكل عند الحاجة اليه منه وكره له الاكل مع الغناء .

(الثالث) قول ابن ادريس الذي يقوى عندي أن الواقف لايجوز له الانتفاع بما وقفه على حال، لانه لايصح أن يقف الانسان على نفسه بالاجماع وقد خرج عن ملكه فلايجوز عوده اليه بحال .

وقول الشيخ حق ، لان الوقف العام كالمسجد وخان السبيل ازالة الملك لا تمليك الغير فيكون حكمه حكم سائر المباحات الواقف وغيره فيه سواء ، بخلاف الوقف الخاص كبني فلان فانه تمليك لهم فلا يجوز للواقف أن يدخل معهم .

أما قول المصنف « وكان منهم جاز أن يشركهم » فيه نظر ، لانه قد تقدم في كلامه أنه اذا وقف على الفقراء ينصرف الى فقراء بلده ، فانه حينئذ يكون قد ملكهم اياه ، فلم يعد اليه ولايدخل فيهم ، وان عمه اللفظ لخروجه بالقرينة ـ وهو امتناع وقف الانسان على نفسه ـ سواء خص نفسه أوأدرجه تحت العام.

قوله : مسائل السكنى والعمرى١)

يعبرعن هذا الحكم بثلاث عبارات :

« ١ » السكنى ، وهي مشتقة من الاسكان ، ويختص بالدار والبيت ، فان لم يقيد بمدة اكتفى في حصولها صدق مفهومها ، وان قيدهما بمدة لزمت قدرها .

« ٢ » العمرى، وهي مشتقة من العمر ، ولا تختص شيئاً بل بكل عين ينتفع بها مع بقائها، وصورتهاأن تقول «أعمرتك هذه الدارمدة حياتك أومدة حياتي» ويقتصر .

«٣» الرقبى ، وصورتها «أرقبتك هذه الدار أوهذاالعبد مدة كذا» واشتقاقها امامن الارتقاب أومن رقبة الملك ، ويجمعها كلها حدواحد ، وهوتمليك الغير منفعة عين معينة مدة مخصوصة بغيرعوض .

وهنا فوائد :

(الاولى) لابد من تعيين المدة في غير العمرى ومطلق السكنى ، لما علم من قاعدة الشرع أن كل ما يكون الى أجل لابد أن يكون معيناً مضبوطاً .

خالفنا ذلك في العمرى بحكم الاشتقاق . نعم لوقال « أعمرتك » وأطلق بطل لجهالة صرفه الى عمر أحدهما . ويحتمل كونه كالاسكان المطلق . والاول أقوى للفرق .

(الثانية) لاتخرج العين بالاعمار أوالاسكان أوالارقاب عن ملك صاحبها،

---

١) قيل في الفرق بين السكنى والعمرى والرقبى : العمرى ان يجعل منفعة داره او ضيعته لغيره مدة حياته ، والرقبى ان يجعلها مدة معلومة ، والسكنى ان يجعل سكناها لغيره مدة عمر احدهما . وقيل : العمرى ان يسكنه فيها طول عمر المعمر اى الغير،والرقبى ان يسكنه فيها مدة حياة المالك ، والسكنى ان يجعل منفعة سكناها لغيره مدة معلومة.

وهى تفتقر الى الايجاب والقبول والقبض .

وفائـدتهما التسليط على استيفاء المنفعة تبرعاً مع بقاء الملك للمالك . وتلزم لوعين المدة ، وان مات المالك .

بل ترجع اليه أوالى ورثته بعد انقضاء الأمد المعلق به ذلك .

(الثالثة) لوقال « هي لك عمرك ولعقبك » لم يملكها المعمر ، لاصالة بقاء الملك كما قلناه وترجع بعـد موت العقب الى المالك . فظاهر الشيخ عـدم الرجوع لخبر جابر عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم: أيمارجل أعمرعمرى له ولعقبه فانما هي للذي أعطاها لاترجع للذي أعطاها[1] . فانه أعطى عطاء وقعت فيه المواريث .

قوله : وهى تفتقر الى الايجاب والقبول والقبض

هنا فوائد :

(الاولى) يشترط في الايجاب والقبول كونهما لفظين متطابقين ، وصورة الايجاب تقدم والقبول « قبلت » و « رضيت » وشبههما.

(الثانية) اذا حصل الايجاب والقبول والقبض لزم العقد ، وقال الشيخ[2] لا يلزم، وقال التقي يلزم مع القربة . والاول أشهرلرواية الحلبى عن الصادق عليه السلا[3].

---

١) اخرجه فى كنزالعمال ٢٤٤/١٦ .

٢) قال فى الخلاف ٢٣٤/٢ : العمرى عندنا جائزة ومعناها اذا قال الرجل لغيره : اعمرتك هذه الدار مدة حياتك اومدة حياتى اواسكنتك او جعلت لك هذه الدار فى حياتك فان هذه الالفاظ اذا اتى بواحدة منها واقبضه فقد لزم العمرى . وقال : وتسمى عندنا ايضاً سكنى .

٣) الكافى ٣٤/٧ ، الفقيه ١٨٦/٤ ، التهـذيب ١٤٠/٩ ، الاستبصار ١٠٤/٤ ، الوسائل ٣٢٥/١٣ .

وكذالو قال له : عمرك ، لم تبطل بموت المالك .

وتبطل بموت الساكن. ولوقال: حياة المالك ،لم تبطل بموت الساكن وانتقل ماكان له الى ورثته .

وان أطلق ولم يعين مدة ولا عمراً تخير المالك فى اخراجه مطلقاً .

ولو مات المالك ـ والحال هذه ـ كان المسكن ميراثاً لورثته وبطلت السكنى .

ويسكن الساكن معه من جرت العادة به كالولد والزوجة والخادم .

(الثالثة) شرط العلامة في القواعد[1] نية التقرب ، والاقوى عدم اشتراطها . نعم معها تصير صدقة .

قوله : وكذا لوقال له عمرك لم تبطل بموت المالك

هذا قول الاكثر ، لانه عقد منجزمع صحة العاقد فلم تبطل بموته . وقال ابن الجنيد ان كانت العين تقصر عن الثلث لم يكن للورثة اخراج الساكن ، وان زادت كان لهم ذلك ، محتجاً برواية خالد بن نافع البجلي عن الصادق عليه السلام[2] وليس فيها دلالة على أن المالك اسكنه في حياته فتحمل على الوصية مع أن في فقهها اضطراباً ، لان العين اذا لم تنتقل الى المعمر لاوجه لتقويمها، فان كان ولابد تقوم المنفعة .

قوله : ويسكن الساكن من جرت العادة به كالولد والزوجة والخادم

---

١) قال فى القواعد فى المقصد الثانى من كتاب الوقوف : السكنى ولابد فيها من ايجاب وقبول وقبض ونية التقرب .

٢) الكافى ٣٨/٧ ، التهذيب ١٤٢/٩ ، الفقيه ٨٦/٤ ، الاستبصار ١٠٥/٤ .

وليس له أن يسكن معه غيره الا باذن المالك .

وليس له ان يسكن غيره الاباذن المالك

هذا قول الشيخ في النهاية[1] والقاضي، وقال ابن ادريس : للساكن الاجارة واسكان الغير وان لم يكن ولداً ولازوجة سواء اذن له المالك أولا ، لانه ملك المنفعة وصارت من حقوقه فله استيفاءها كيف شاء بنفسه وبغيره .

والمشهور قول الشيخ، وعليه الفتوى، لان المنفعة من كل وجه كانت للمالك ولادليل على انتقالها من كل وجه ، فان مفهوم عقد السكنى جعل الغير ساكناً في الدار ، فلايملك غيرذلك من الاجارة واسكان الاجنبى .

ان قلت : لولم يملكها الساكن من كل وجه لكان للمالك أن يسكن معه غيره ، لعدم المنافاة بين الساكنين حينئذ . لكن اللازم باطل اجماعاً فكذا الملزوم ، والملازمة ظاهرة ، فان الملك من وجه لا ينافي عدم تمليكها من وجه آخر .

قلت : نمنع الملازمة ، وانما تصح لولم يستلزم ذلك اضرار الساكن، أما معه فلا . والفرق قاض بالاضرار .

ولنتمم البحث بفوائد:

(الاولى) هل للساكن ادخال الضيف ؟ الظاهر نعم مالم يطل زمانه بحيث يعد عرفاً أنه غير ضيف .

(الثانية) هل له أن يحرز[2] فيها طعاماً أو ادخال دابة أو دواب؟ الظاهر في الطعام

---

١) النهاية ٦٠١ : لم يجز للساكن ان يسكن معه غيره الا ولده واهله ولا يجوز له سواهم، ولا يجوز للساكن ايضاً ان يؤاجره ولا ان ينتقل عنه فيسكن غيره الا باذن صاحب المسكن .

٢) احرز المتاع : جعله فى الحرز اى المكان الذى يحفظ فيه .

ولو باع المالك الاصل لم تبطل السكنى ان وقتت بأمد أو عمر.

جواز احراز قدر الحاجة لاغير ، وأما الدابة فان كان ذلك المسكن جعل لمثلها جاز والافلا .

(الثالثة) لو أعمره أو أرقبه أرضاً شأنها الزرع أو دابة شأنها الحرث أو العمل عليها أو خاناً كان للمعمر ان يؤجر أمثال ذلك للعرف القاضي بذلك وأصالة الجواز .

(الرابعة) لو أجاز المالك في موضع المنع جاز ، أو شرط له التخصيص موضع الجواز لزم .

قوله: لو باع المالك الاصل لم تبطل السكنى ان وقتت بأمد أو عمر

فائدة قوله « ان وقتت » الى آخره أنها اذا لم نوقت بأمد أو عمر بل اسكنه مطلقاً يكون بيع المالك رجوعاً ، بخلاف الأول فان الساكن ملك منفعة العين بالعقد . ثم المشتري ان كان عالماً فلا خيار له ووجب عليه الصبر والاتخير بين الفسخ والصبر ، وهو اجماع ومستنده رواية الحسين بن نعيم عن الكاظم عليه السلام عن الصادق عليه السلام عن الباقر عليه السلام[1] .

(فوائد) :

(الاولى) زاد ابن الجنيد أنه اذا دفع المالك الى الساكن عوضاً عما بقي من المدة جاز ذلك . وهو ممنوع الابرضى الساكن للزوم العقد .

(الثانية) استشكل العلامة صحة البيع لو كانت معلقة بالعمر ، لجهالة وقت الانتفاع ولانهم منعوا بيع المسكن الذي تعتد فيه المطلقة بالاقراء لجهالة وقت الانقضاء وهذا المعنى موجود هنا .

---

١) الكافى ٣٨/٧ ، التهذيب ١٤١/٩ ، الفقيه ١٨٥/٤ ، الاستبصار ١٠٤/٤ .

ويجوز حبس الفرس والبعير في سبيل الله ، والغلام والجارية في خدمة بيوت العبادة .

ويلزم ذلك مادامت العين باقية .

وأما الصدقة : فهي التطوع بتمليك العين بغير عوض .

ولا حكم لها مالم تقبض باذن المالك .

وفيه نظر، لان بيع الاصل غيرمشروط بعلم قدر منافعه بل بعلم الاصل وان جهل منافعه كبيع الشاة ذات اللبن مع جهالة قدر الحلب .

ويمكن أن يجاب بالفرق بين العلمين ، فان العلم بالكم من حيث الزمان شرط لاالعلم بمقدار المنتفع به .

(الثالثة) هل تصح اجارتها مدة معلومة على القول بجواز تأخر المدة عن العقد أم لا ؟ الظاهر أنه مع تقديرها بالمدة تصح، أما مع التقدير بالعمرفلا، لان الاجارة تمليك منفعة معلومة والفرض عدمه ، ولانه يجب فيهاتسليم المنفعة وهو غيرمعلوم زمان القدرة عليه .

قوله : ويجوزحبس الفرس . الى قوله : ويلزم ذلك ما دامت العين باقية

هذا صحيح لاغبار عليه . نعم يقع الفرق بين الحبيس المذكور وبين الحبيس على الانسان أنالاول يخرج عن ملك الحابس بخلاف الثاني بل يعود اليه أوالى وارثه ، لما رواه محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام أن علياً عليه السلام قضى برد الحبيس وانفاذ المواريث[1].

قوله : وأما الصدقة فهي التطوع بتمليك العين بغير عوض

---

1) الكافي ٧/ ٣٤ ، التهذيب ٩/ ١٤٠ ، الفقيه ٤/ ١٨١ .

وتلزم بعد القبض وان لم يعوض عنها .

في هذه العبارة مساهلة، فان التطوع لايصدق الأعلى المندوب ، لما تقرر في الاصول أنه مرادفه ، ومراده هنا أعم من ذلك بحيث يشمل الفرض ، لقوله فيها بعد « ومفروضها محرم » ـ الخ . فالاولى أن يقال هي العطية المقرونة بالقربة .

قوله : وتلزم بعد القبض وان لم يعوض عنها

وجه اللزوم حصول الثواب في مقابلها ، ، وهوعوض أخروي ثابت دائم، فيكون أقوى في اللزوم من العوض الدنيوي الزائل .

قوله : وان لم يعوض عنها

عوض دينوي ولاخلاف في ذلك في المفروضة، وأما المندوبة فقال الشيخ[1] يجوز فيها الرجوع كالهبة في موضع يجوز الرجوع .

والاقوى العدم كالمفروضة ، لرواية الحلبي عن الصادق عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم: انما مثل الذي يرجع في صدقته كالذي يرجع في قيئه[2] .والرجوع في القيء حرام فكذا الرجوع في الصدقة .

وقال الشيخ والمفيد أيضاً لايجوز رجوعها اليه ببيع ولاهبة، لرواية منصور ابن حازم عن الصادق عليه السلام: اذا تصدق الرجل بصدقة لم يحل له أن يشتريها

---

١) فى محكى المبسوط : ان صدقة التطوع عندنا بمنزلة الهبة فى جميع الاحكام ـ الى ان قال ـ وكل من له الرجوع فى الهبة له الرجوع في الصدقة عليه . انتهى . وقال فى النهاية ٦٠٣ : وما تصدق الانسان به لوجه الله فلا يجوز له ان يعود اليه بالبيع اوالهبة اوالصدقة، وان رجع اليه بالميراث كان جائزاً، واذا اخرج الانسان شيئاً لوجه الله يتصدق به ففاته من يريد اعطاءه فليتصدق به على غيره ولا يرده فى ماله .

٢) التهذيب ١٥٥/٩ ، الاستبصار ١٠٩/٤ .

ومفروضها محرم على « بنى هاشم » الا صدقة أمثالهم أو مع الضرورة ، ولا بأس بالمندوبة .

والصدقة سراً أفضل منها جهراً الا أن يتهم .

وأما الهبة : فهى تمليك العين تبرعاً مجرداً عن القربة.

ولابد فيها من الايجاب والقبول والقبض .

ويشترط اذن الواهب فى القبض .

ولايستوهبها ولايستردها الافي ميراث[1]. وحملت على الكراهية وبه قال في الخلاف ومنع ابن ادريس لتملك العين فله بيعها على من شاء .

أما الانتقال بميراث فلا خلاف في جوازه، لانه تملك من غير قصد ، ولما ذكر في الرواية .

قوله : ومفروضها محرم على بنى هاشم

أما الزكاة فلا كلام فيها ، وهل تحرم الواجبة بنذر أوعهد أويمين؟ الظاهر لا لمبادرة الاولى ، لكونها أوساخ الناس ، ولاصالة الحل مع الحاجة .

قوله : واما الهبة فهى تمليك العين تبرعاً مجرداً عن القربة

التمليك جنس وتعلقه بالعين تخرج منه الاجارة، وبقيد التبرع خرج البيع وشبهه، وبقيد التجرد عن القربة خرج الصدقة . وينتقض بالوصية ، فكان ينبغي أن يزاد « منجزاً » .

قوله: ولابد فيها عن الايجاب والقبول والقبض، ويشترط اذن الواهب فى القبض

هنا فوائد :

(الاولى) ايجاب هذا العقد « وهبتك » و« ملكتك » و« أهديت اليك »

---

١) التهذيب ٩/ ١٥٠ .

و« نحلتك » و«أعطيتك » و« هذا لك» مع القصد في ذلك كله . وقبوله« قبلت» و« رضيت » وشبههما .

(الثانية) هل القبض شرط في صحتها أولزومها ؟ قال التقي بالاول ، وقال ابن ادريس هوقول اكثرعلمائنا ، ونقله الشيخ في الخلاف[١] عن بعض أصحابنا واختاره المصنف، واحتج بأنه لما وقع الخلاف ينبغي أن يرجع الى الاصل وهوبقاء الملك على مالكه . وتؤيده رواية ابى بصير عن الصادق عليه السلام: الهبة لاتكون أبداً هبة حتى يقبضها[٢]. ورواية ابان بن عثمان عنه عليه السلام : ان الهبة والنحلة اذا لم تقبض ومات صاحبها فهي بمنزلة الميراث[٣].

وانما قال بمنزلة الميراث لان الورثة لوأجازوالم يكن ميراثاً. وظاهر كلام الشيخين يدل على الثاني، واختاره القاضي وابن حمزة وسلار وابن ادريس ، ولذلك قال الشيخ في الخلاف[٤]: لووهب قبل الهلال عبداً فقبله وماقبضه الابعد الهلال فنطرته لازمة للموهوب له دون الواهب .

واختار العلامة في القواعد[٥] الاول ، وفي المختلف الثاني . واحتج فيه عليه بأنه عقد يقتضي التمليك فلايشترط في صحته القبض كغيره من العقود، ولانه تبرع فلايعتبر في صحته القبض كالوصية ، ولان القبض خارج عن مسمى الهبة ولهذا يبرأ الحالف بمجرد العقد ، ولما رواه ابو بصير صحيحاً عن الصادق عليه السلام: الهبة جائزة قبضت أولم تقبض قسمت أولم تقسم، والنحل لايجوز

١) لم نجد في الخلاف نقله عن بعض اصحابنا بل قال فيه ٨ : ٢٣٣ : الهبة لاتلزم الا بالقبض وقبل القبض للواهب الرجوع فيها .

٢) التهذيب ١٥٩/٩ ، الاستبصار ١٠٧/٤ .

٣) التهذيب ١٥٥/٩ .

٤) الخلاف ٣٣١/١ .

٥) قال في القواعد في بحث الهبة : الثالث القبض وهو شرط في صحة الهبة .

ولو وهب الاب أو الجد للولد الصغير ازم ، لانه مقبـوض بيد الولي .

وهبة المشاع جائزة كالمقسوم .

حتى يقبض ، وانما أراد الناس ذلك فأخطأوا[1] .

وفيه نظر : أما الوجهان الاولان فلانهما قياس لانقول به ، ولانتقاض الاول بالصرف والسلم فانهمايقتضيان التمليك ويشترط القبض في صحتهما . وأماالثالث فلانه لايلزم من خروجه عدم كونه شرطاً في الصحة ، وأما الرواية فلادلالة فيها على المدعى وانما هي حكاية قول الناس وخطأهم فيه ولم يتبين فيها الحق .

(الثالثة) لابد في القبض من اذن الواهب ، فلو قبض المتهب من غير اذن لم يقع موقعه ، والهبة كلاهبة لاصالة بقاء الملك ، خصوصاً على اشتراطه فى الصحة .

(الرابعة) هل يشترط فوريته أم لا ؟ أما على القول بأنه شرط في اللزوم فلا يشترط الفورية ، وأما على القول باشتراطه فاستشكله العلامة في القواعد[2] من حيث أصالة عدم الاشتراط ، ومن أنه لايتعين البقاء على باقي الاجزاء مع عدمه والحق اشتراط فوريته .

(الخامسة) لو وهب المغصوب للغاصب أوالوديعة للمستودع أووهب الولي الطفل شيئاً فى يده لايشترط تجديد قبض ، وهل يشترط مضي زمان يمكن فيه القبض لوأراده ؟ يظهر من كلام الشيخ في المبسوط ذلك ، والحق عدمه .

---

١) المختلف ٢٨/٢ . والرواية فى التهـذيب ١٥٦/٩ ، الاستبصار ١١٠/٤ . ونحلته اى اعطيته شيئاً من غيرعوض بطيب نفس .

٢) راجع القواعد المطلب الثالث من الفصل الثالث فى الهبة . وقال فيه : ولا يشترط فورية الاقباض على اشكال.

ولا يرجع فى الهبة لاحد الوالدين بعد القبض ، وفى غيرهما من ذوى الرحم على الخلاف .

قوله : ولايرجع فى الهبة لاحدالوالدين بعد القبض ، وفى غيرهما من ذوى الرحم على الخلاف

كل موضع لايصح الرجوع في هبة الاجنبى كذا لايصح في هبة القريب، وأما ما يصح فيه الرجوع فهوينقسم في القريب الى قسمين :

« ١ » ما لاخلاف في عدم الصحة فيه ، فقال ابن حمزة انه العمودان معاً علوا أو نزلوا ، وكلام المصنف يشعر بأنه الوالدان فقط ، وكلام العلامة في المختلف[١] يدل على أنه الاولاد فقط . والفتوى على قول ابن حمزة، ولاينافي ذلك نقل الفاضلين .

« ٢ » ما فيه خلاف ، وهوما عدا ذلك من ذوي الرحم ، فقال الشيخ في المبسوط والخلاف[٢] والتهذيب والمرتضى وابن الجنيد وابن ادريس للواهب الرجوع وان أقبض ، لرواية داود بن الحصين عن الصادق عليه السلام قال : سألته هل لاحد أن يرجع في صدقته أوهبته ؟ قال: أما من تصدق به لله فلا، وأما الهبة والنحلة فيرجع فيها حازهاأولم يحزها وان كانت لذوي قرابة[٣] ومثله رواه المعلى بن خنيس عنه عليه السلام[٤].

---

١) المختلف ٢ / ٢٦ قال فيه : اذا وهب الاب ولده الصغير او الكبير واقبضه لم يكن للاب الرجوع فى الهبة اجماعاً .

٢) الخلاف ٢ / ٢٣٧ ، التهذيب ٩ / ١٥٧ .

٣) التهذيب ٩ / ١٥٧ ، الاستبصار ٤ / ١٠٦ .

٤) التهذيب ٩ / ١٥٨ ، الاستبصار ٤ / ١٠٧ .

وقال المفيد والشيخ في النهاية[1] وسلار والقاضي ليس له ذلك ، واختاره العلامة . وعليه الفتوى .

أما أولا فلوجود العلة في الاولاد وهو الصلة .

وأما ثانياً فلان المتهب ملك العين بالاجماع فعودها الى الواهب يفتقر الى دليل .

وأما ثالثاً فالروايات ، كرواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام قال : الهبة والنحلة يرجع فيهما صاحبهما ان شاء حيزت اولم تحز الالذي رحم فانه لايرجع فيه[2]. ورواية عبدالرحمن بن ابى عبدالله وعبدالله بن سنان[3] عن الصادق عليه السلام قالا : سألناه عن الرجل يهب الهبة أيرجع فيها ان شاء؟ قال: تجوز الهبة لذوي القربى والذي يثاب من هبته ويرجع في غيرذلك ان شاء[3]. ومراده عليه السلام بقوله « تجوز » أي تلزم ، لوجوه :

« ١ » ان السؤال وقع عن الرجوع فلولم يرد به ذلك لتأخر البيان عن وقت الحاجة .

«٢» انه فرق بين القسمين الاولين وبين غيرهما . وأجاب في الثاني بجواز الرجوع فيكون الاول بخلافه والالم يبق للتفصيل معنى .

«٣» انه مع ثبوت الثواب لاخلاف في اللزوم وقد شركه مع هبة القريب فيكون حكمهما واحداً قضية للعطف .

قال بعض الفضلاء : يحتمل ارادة الجواز من طرف المتهب لاطرف الواهب

---

١) النهاية ٦٠٢ قال فيه :كل هبة وهبها الانسان لذى رحمه ولداً كان اوغيره ليس له فيه رجوع اذا كان مقبوضاً . وقال العلامة فى القواعد : انكان ذارحم لم يجز الرجوع بعد الاقباض .

٢) التهذيب ١٣٥/٩ ، ١٥٦ ، الكافى ٣١/٧ ، الاستبصار ١٠١/٤ ، ١٠٨ .

٣) التهذيب ١٥٥/٩ فيه : وعبدالله بن سليمان ، الاستبصار ١٠٨/٤ وايضاً فى التهذيب ١٥٨/٩ عن عبدالله بن سنان وليس فيه عبدالرحمن بن ابى عبدالله .

ولو وهب أحـد الزوجين الاخـر ففى الرجوع تردد أشبه : الكراهية .

ويرجع في هبة الاجنبى مادامت العين باقية مالم يعوض عنها .

وفى الرجوع مع التصرف قولان ، أشبههما : الجواز.

فكأنه عليه السلام قسم الهبة الى جائزمن الطرفين وهوالقسم الثاني والى جائزمن طرف المتهب وهوالاول .

وفيه نظر، لان الرجوع من طرف المتهب لامعنى له في القسمين، لحصول ملكه فلا يزول عنه الا بناقل شرعي ، ولان السؤال وقع عن رجوع الواهب لا المتهب .

قوله : ولو وهب أحد الزوجين الاخر ففى الرجوع تردد اشبهه الكراهية

ينشأ التردد من أصالة عدم الرجوع لحصول الملك بالعقد الصحيح ، ولرواية ابن محبوب عن علي بن رئاب عن زرارة عن الصادق عليه السلام أنه لايرجع الرجل اذا وهب لزوجته ولاالمرأة فيما وهبت زوجها[1]. ومن كونها ليست بذي رحم فيجوز الرجوع، لما تقدم من الروايات. وبه قال الشيخ ، في النهاية[2] ، واختاره ابن ادريس، والمصنف جمع بين الاحتمالين بالكراهية .

قوله : ويرجع فى هبة الاجنبى ما دامت العين باقية مالم يعوض عنها وفى الرجوع مع التصرف قولان اشبههما الجواز

---

١) التهذيب ١٥٢/٩ ، الكافي ٣٠/٧ ، الاستبصار ١١٠/٤ .

٢) النهاية ٦٠٣ قال فيه : ويكره ان يرجع الانسان فيما يهبه لزوجته وكذلك يكره للمرأة الرجوع فيما تهبه لزوجها .

هبة الاجنبى لها أحوال : « ١ » المقرونة بالقربة ، « ٢ » المعوض عنها ، « ٣ » التالف عينها ، « ٤ » الباقية العين لكن جرت عليها العقود الناقلة، « ٥ » الباقية العين ولم يجر عليها النقل ولم يتصرف المتهب ، « ٦ » الباقية وتصرف المتهب .

ولاخلاف في عدم جواز الرجوع في الاحوال الاربعة ، وفي جوازه في الخامس ، واختلف في السادس فقال سلار والتقي بجوازه واختاره المصنف لرواية ابن سنان المتقدمة ورواية الحلبى صحيحاً عن الصادق عليه السلام : اذا كانت الهبة قائمة بعينها فله أن يرجع والافليس له[1] .

وقال الشيخ في النهاية[2] والمفيد والقاضي وابن ادريس وابن حمزة بعدم جوازه . ولابن حمزة تفصيل ، وهو أن التصرف ان غير العين كالخشب يعمل باباً والثوب يقصر أويفصل قميصاً والغزل ينسج فلارجوع، والافله ذلك كالعبد يرهنه أويكاتبه مكاتبة مشروطة .

واختار العلامة قول الشيخ في النهاية[3] ، واحتج عليه بوجوه :

« ١ » ـ ان المتهب ملك بالعقد والقبض وظهر أثر ذلك بالتصرف فقوى وجود السبب فيكون ملكاً تاماً فيحتاج انتقالها عنه الى سبب حادث وليس . والرجوع ليس بسبب والالكان سبباً في غيره من العقود .

« ٢ » ـ أصالة لزوم الملك لانتقاله الى المنهب، فدخل تحت عموم « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل »[4].

---

١) التهذيب ١٥٣/٩ ، الكافى ٣٢/٧ ، الاستبصار ١٠٨/٤ .

٢) النهاية : ٦٠٣ .

٣) المختلف : ٢٨/٢ .

٤) سورة البقرة : ١٨٨ .

« ٣ » ـ راية ابراهيـم بن عبدالحميد عن الصادق عليه السلام قال : أنت بالخيار في الهبة ما دامت في يدك فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها . وقال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم : من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه[1].

وفي الكل نظر :

أما الاول ـ فلان الملك مسلم لكن لزومه ممنوع والالزم مع عدم التصرف، وكون التصرف سبباً للزومه عين المتنازع، فلايكون مقدمة والالكان مصادرة على المطلوب .

وأما الثاني ـ فللمنع من كون اللزوم أصلا والالكفى مع عدم التصرف .

وأما الثالث ـ فلان الرواية ان سلم سندها فهي تدل على اللزوم بالقبض مطلقاً وانتم لاتقولون به .

واعلم أن تردد المصنف من تعارض الاحتمالين كما قلناه .

١) التهذيب ٩/١٥٨ ، الاستبصار ٤/١٠٧ .

كتاب السبق والرماية

ومستندهما قوله عليه السلام : لاسبق الا في نصل أوخف أو حافر.

ويدخل تحت النصل ، السهام والحراب والسيف . وتحت الخف الابل . وتحت الحافر الخيل والبغال والحمير ، ولا يصح في غيرها .

قوله : كتاب السبق والرماية. ومستندهماقوله صلى‌الله عليه وآله وسلم لاسبق ١) الافي نصل أوخف أوحافر. ويدخل تحت النصل السهام والحراب والسيف ، وتحت الخف الابل ، وتحت الحافر الخيل والبغال والحمير ولايصح في غيرها

هنا فوائد :

(الاولى) الاستباق والمراماة كانا في الجاهلية، وهما من جملة الازلام والقداح ثم ان الشارع سوغهما ووقع الاجماع على مشروعيتهما، فلابد من أمر يبعدهما

---

١) في مجمع البحرين : اختلف المحدثون في ان السبق في هذا الحديث هل هو بسكون الباء ليكون مصدراً بمعنى المسابقة او بفتحها بمعنى المال المبذول للسابق ، فعلى الاول لاتصح المسابقة في غيرهذه الثلاثة وعلى الثاني وهو الاصح رواية على ما نقله بعض العلماء تصح ولكن اخذ العوض حرام .

عن القداح فيفتقر الى بيان أمرين : « ١ » وجه الشبه للقداح ، « ٢ » بيان الفرق .

أما الاول ـ فالاكثر على أن وجه الشبه كون كل واحد من المتقاسمين اما أن يغنم أويغرم، وكل واحد من المتسابقين مردد بينهما. وقال ابن حيران هو كون كل واحد[1].

وأما الثاني ـ فاختلف فيه : فعندنا هونص الشارع على التسويغ لاغير ، وعند الشافعي هودخول المحلل في موضع يكون المال من المتسابقين . وأما اذا كان من بيت المال أومن ثالث فيكفي ذلك في الفرق ولاحاجة الى المحلل .

وقال ابن خيران منهم : هو أنه اذا سبق أحدهما والمحلل أحرز السابق مال نفسه لاغير وكان مال المسبوق للمحلل ، وكذا اذا لم يسبق معه المحلل. والأصح ما قاله الاصحاب .

(الثانية) ينبغي أن يكون الباعث عليهما التأهب للقتال والمدافعة عن الدين والنفس والمال والحرم ، فان توقف الجهاد الشرعي عليهما وجبا على الكفاية لوجوب المتوقف عليهما واستحبا على الاعيان .

(الثالثة) مستند الاجماع على مشروعيتهما الحديث المذكور ، وكذا قول ائمتنا عليهم السلام : ان الملائكة لتنفر عند الرهان وتلعن صاحبه ما خلا الحافر والخف والريش والنصل[2].

(الرابعه) قال الجوهري: النصل نصل السهم والسيف والسكين والرمح ، والجمع نصول ونصال ، ونصل السهم اذا خرج من النصل ، ومنه قولهم « رماه

---

١) كذا في الاصل وكتب بعده : هنا بياض بقدر نصف السطر .

٢) الوسائل ١٣/٣٤٧ .

بأفوق ناصل[١] . ويقال أيضاً نصل السهم اذا ثبت نصله في الشيء فلم يخرج ، وهومن الاضداد .

والخف واحد أخفاف البعير ، والحافر واحد حوافر الدابة ، وقد استعاره الشاعر في اقدم : « على البكر يمريه بساق وحافر »[٢]. والريش للطائر الواحدة ريشة ويجمع على أرياش، والريش بالفتح مصدر قولك رشت السهم اذا الزقت عليه الريش فهو مريش ، ومنه قولهم « ماله قذ ولامريش » أي ليس له شيء ، ورشت فلاناً : أصلحت حاله وهو على التشبيه .

(الخامسة) قال الشيخ[٣] الذي تجوز المسابقة عليه النصل[٤] والحافر والخف فالنصل ضربان نشابة وهي للعجم والاخر السهم وهو للعرب . والمزاريق[٥] وهي الردينيات والرماح والسيوف .

---

١) السهم الافوق : المكسور الفوق ، المنزوع النصل. والفوق : موضع الوتر من السهم ومدخله يقال : نصل السهم اذا خرج منه النصل فهو ناصل ، وهذا مثل يضرب لمن استنجد بمن لاينجده . ومنه قول علي عليه السلام : ومن رمى بكم فقد رمى بأفوق ناصل : اى بسهم منكسر الفوق لانصل فيه . راجع النهج ـ الفيض ـ ١/٩٣ ، ١٥٤ . وشرح ابن ابي الحديد : ٢/١١١ ، ٦/١٠٢ .

٢) وهو لجبيهاء الاسدي « الاشجعي » يصف ضيفاً طارقاً اسرع اليه . قال :

فأبصر ناري وهي شقراء اوقدت	بليل فلاحت للعيون النـواظر
فما رقـد الولدان حتى رأيتـه	على البكر يمريه بساق وحافر

معنى يمريه : يستخرج ماعنده من الجري . وقد استعار عن الحافر في القدم .وقيل : ويقولون للقدم حافراً اذا ارادوا تقبيحها قال الشاعر:

اعـوذ بالله من غول مغـولة	كأن حافرها في ... ظنبـوب

٣) المبسوط ٦/٢٩٠ .

٤) النصل والنصلان: حديدة السهم والرمح والسكين والسيف مالم يكن له مقبض .

٥) المزاريق جمع المزراق وهـو رمح قصير وهو اخف من العنزة . والردينة بضم الراء وفتح الدال وسكون الياء اسم امرأة ، والرماح الردينية منسوبة اليها .

وأما الخف فضربان ابل وفيلة ، وأما البغال والحمير فقال قوم لا تجوز المسابقة عليها لانها لاتكر ولاتفر فهي كالبقر، وقال آخرون وهو جائز. وهو الاقوى للعموم . وقال ابن الجنيد[1] المجمع عليه ما يكون به القوة على حرب الاعداء في الدين والنكاية بهم والرهبة وما به يصل النـاس اليهم بأي وجه كان الخيل والابل من الحيوان والرمي على القوس بذي النصل من السهام، وقد أجازه قوم بالبراذين والبغال والحمير وغيرها من الحيوان . وهذا يدل على تردده في ذلك قال العلامة[1] والوجه ما قاله الشيخ للعموم .

أقول : الحق اتباع النص ، لما علم أن هذه المعاملة على خلاف الأصل ، فيتبع ما دل النص عليه . وحيث لم يعلم من الشرع غير الالفاظ المذكورة فان لم يكن لها حقائق في العرف حملت على المعاني اللغوية وقد عرفتها .

نعم في الرواية الثانية ذكر الريش ، والمراد بـه النشاب . وعطف النصل عليه لايدفع ذلك، لان ايراده لاصالته في المراماة ، وسماه ريشاً مجازاً من تسمية الشيء بجزئه .

(السادسة) قوله « لايصح في غيرها » يشير الى المسابقة بالطيور والسفن والا قدام والمصارعة ورفع الاحجار، ولاخلاف في عدم صحة المسابقة بها مع المال . وهل تحرم مع عـدم المال ؟ الاصح نعم ، لانها لعب وعبث خال عن فائدة، ولان قوله صلى الله عليه وآله وسلم « لاسبق » روي بسكون الباء وفتحها، فعلى الاول هل يضمر المشروعيـة أي لاسبق مشروع لانه أقرب الى الحقيقة وحينئذ يكون دالا على تحريمها ، أويكون مجملا محتملا للمشروعية والفضيلة وحينئذ يكون الاحتياط مقتضياً للتحريم أيضاً . وعلى الثاني وهو فتح الباء يدل على تحريم العوض لاعلى تحريمها .

---

١) راجع المختلف ٢٦/٢ وفيه : الرمى على القسى .

(السابعة) في تفسير الالفاظ المستعملة في هذا الباب :

أما في المسابقة فالسبق بسكون الباء المصدر وبالفتح العوض وهو الخطر[1] والندب والرهن، يقال سبق بتشديد الباء اذا أخرج السبق واذا أحرزه، والسابق[2] المتقدم. ويقال المجلى والثاني المصلى لانه يحاذي رأسه صلوى[3] المجلى، والصلوان عظمان ناتئان عن يمين الذنب وشماله، والتالي[4] الثالث، والبارع الرابع، والمرتاح الخامس، والحظى السادس، والعاطف السابع، والمؤمل الثامن، واللطيم التاسع، والسكيت العاشر، والفسكل الاخير.

---

١) الخطر: الاشراف على الهلاك وخوف التلف، والخطر: السبق الذى يتراهن عليه يقال اخطرت المال اخطاراً : جعلته خطراً بين المتراهنين. والندب بالتحريك كالخطر وزناً ومعناً، وقال ابن الاعرابى : السبق والخطر والندب والقرع والوجب : كله الذى يوضع فى النضال والرهان فمن سبق اخذه ــ ويقال مشدداً اذا اخذه.

٢) فى التذكرة : السابق هو المتقدم بالعنق والكتد انتهى. اقول : وهو بفتح التاء وكسرها وهو العالى بين اصل العنق والظهر ويعبر عنه بالكاهل. ويقال له المجلى لانه جلى عن نفسه اى اظهرها اوجلى عن صاحبه واظهر فروسيته اوجلى همه حيث سبق.

٣) وسط الظهر من الانسان ومن كل ذى اربع وقيل هوما انحدر من الوركين وقيل: الفرجة بين الجاعرة والذنب.

٤) وقيل : التالى هو الرابع بل الثالث: المسلى. والعاطف هو السادس. والحظى هو السابع وقال فى المسالك : والتالى للمصلى هو الثالث ويليه البارع لانه برع المتأخر عنه اى فاقه، والمرتاح هو الخامس سمى به لان الارتياح النشاط فكأنه نشط فلحق بالسوابق والسادس الحظى عند صاحبه حين لحق بالسوابق اى صار ذو حظوة عنده الى نصيب اى فى مال الرهان، والسابع العاطف لانه عطف على السوابق اى مال اليها اوكر عليها فلحقها والثامن المؤمل لانــه يؤمل اللحوق بالسوابق، والتاسع اللطيم وزان فعيل لانه يلتطم اذا اراد الدخول الى الحجرة الجامعة للسوابق والعاشر السكيت مصغراً مخففاً ويجوز تشديده سمى به لسكون ربه اذا قيل لمن هذا او لانقطاع العذر عنده وقيل ان السكيت هو الفسكل وهو آخر فرس يجيء فى الرهان.

والمحلل الذي يدخل بين المتراهنين ان سبق أخذ وان سبق لم يغرم. وسمي محللا لانه يحلل العقد اجماعاً ويحل المال بسببه أيضاً .

والغاية[1] مدى السباق . والمناضلة[2] المسابقة والمراماة .

وأما في المراماة فالرشق بفتح الراء الرمي وبكسرها عدده ، ويوصف السهم بالحابي[3] وهوما وقع بين يدي الغرض ثم وثب اليه فأصابه وهو المزدلف والخاصر وهو ما أصاب أحد جانبي الغرض ومنه الخاصرة ، والخاصل[4] وهو المصيب للغرض كيف ما كان ، والخازق وهو ماخدشه ثم وقع بين يديه[5] ، والخاسق[6] وهوما فتح الغرض وثبت فيه، والمارق وهوما نفذ الغرض ووقع من ورائه ، والخارم وهوالذي يخرم حاشيته .

والغرض ما يقصد اصابته ، وهو الرقعة المتخذه من قرطاس أوجلد أورق أوخشب ، والهدف ما يجعل فيه الغرض[7].

---

١) غاية الشيء منتهاه ، والمراد بمدى السباق هنا منتهاه لامجموع مسافته كما يظهر من المدى .

٢) المناضلة مفاعلة من النضل وهو الرمى، قال الجوهرى ناضله اى راماه .

٣) حبا السهم الى الغرض اى يقع على الارض دون الهدف ثم يحبو الى الغرض فيصيبه مأخوذ من حبو الصبى على الارض فهو حاب وجمعه الحوابى. قال في التذكرة :لو انصدم السهم بالارض ثم وثب منها واصاب الغرض فهو المزدلف وقد اختلف الفقهاء في انه هل يعد اصابة اولا .

٤) قال فى المبسوط ٢٩٧/٦ : والخواصل اسم للاصابة اى اصابة كانت .

٥) قال ابن الاثير : يقال خزق السهم وخسق اذا اصاب الرمية ونفذ فيها . وفى المصباح : خزق السهم القرطاس: نفذ منه.

٦) فى المصباح : خسق السهم الهدف خسقاً اى لم ينفذ نفاذاً شديداً وقال ابن فارس: خسق : اذا ثبت فيه وتعلق .

٧) فى التذكرة : الهدف تراب يجمع او حائط يبنى لينصب فيه الغرض والغرض هو جلد اوشن وهو الجلد البالى اوقرطاس يدور عليه شنين وقيل ما ينصب فى الهدف يقال

ويفتقرانعقادها الى ايجاب وقبول. وفي لزومها تردد ، أشبهه: اللزوم .

ويصح أن يكون السبق عيناً أوديناً .

ولو بذل السبق غير المتسابقين جاز ، وكذا لو بذل أحدهما ، أو بذل من بيت المال .

قوله : ويفتقرانعقادها الى ايجاب وقبول ، وفي لزومها تردد اشبهه اللزوم

هنا مسألتان :

(الاولى) هل هذاالعقد لازم كالاجارة أوجائز كالجعالة ؟ تردد فيه المصنف من كونه عقداً على عمل مقصود لقوله تعالى «وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة»[1] وفسر النبي صلى الله عليه وآله وسلم: القوة بالرمي، فيكون اجارة فيكون لازماً ومن كون العامل غيرمعلوم والعمل غيرمعلوم الحصول وجواز بذل المال من الاجنبي فيكون جعالة فيكون جائزاً . واختار المصنف هنا اللزوم ، وهومختار العلامة في القواعد[2] وفي المختلف الجواز[3].

له القرطاس سواء كان من كاغذ اوغيره وما تعلق في الهواء فهو الغرض، والرقعة عظم ونحوه في وسط الغرض وقد يجعل في الشن نقش كالهلال يقال له الدائرة وفي وسطها نقش يقال له الخاتم وهذه الدائرة هي الغاية في المقصود من حسذق الرماة. اذا عرفت هذا فينبغي ان يرتب موضعاً للاصابة اهو الهدف او الغرض المصوب في الهدف اوالشن في الغرض او الدائرة في الشن او الخاتم في الدائرة .

١) سورة الانفال : ٦٠ . والحديث في الكافي ٤٩/٥ ، الوسائل ٣٤٨/١٣ .

٢) القواعد ، المطلب الثاني من الباب الاول من بحث السبق والرماية .

٣) المختلف ٢٦/٢ قال فيه : الاصل عدم اللزوم ولانه نوع جعالة فان قوله من سبق فله كذا هو الجعالة .

ولا يشترط المحلل عندنا .

ويجوز جعل السبق للسابق منهما ، وللمحلل ان سبق .

وتفتقر المسابقة الى تقـدير المسافة والخطر وتعيين مايسابق عليه وتساوى ما به السباق فى احتمال السبق .

(الثانية) هل يكفي فيه الايجاب وحده أم لابد من القبول ؟ ان قلنا بالجواز كفى الايجاب ، وان قلنا باللزوم لابد من القبول .

وفي عبارة المصنف مساهلة ، لانه قال أولا ان انعقادها يفتقر الى الايجاب والقبول ثم تردد في اللزوم . ولاوجه له ، لان الافتقار الى الايجاب والقبول معلوم اللزوم فلاوجه لتسليم المعلول مع الشك في العلة .

قوله : ولايشترط المحلل عندنا

قد تقدم أنه عند الشافعي شرط فـي اباحة هذا العقد ، وأمـا أصحابنا فلا خلاف عندهم أنه اذا كان السبق من أحدهما أومن ثالث أنه لايشترط المحلل ، وأما اذا كان من المستبقين وقالا من سبق فلهالعوضان فقال ابن الجنيد لايصح الابالمحلل وكذا شرطه فى النضال ، وقال الشيخ[1] لايشترط أيضاً . وهوالحق لاصالة عدم الاشتراط في الاباحة .

قوله : وتساوى ما به السباق فى احتمال السبق

يريد أنه لوكان أحد ما يسابق عليه من الخيل أوغيره يؤمن أن يسبق وصاحبه واثق به لايجوز السباق عليه، لانه قمار كما دلت عليه رواية ابى زهرة عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم : من أدخل فرساً بين فرسين وهو آمن أن يسبق فهو قمار ، ومن أدخل فرساً بين فرسين وهولايأمن أن يسبق فليس بقمار[2]. وأما

---

١) المبسوط ٦/٢٩٣ .

٢) سنن ابن ماجة ٢/٩٦٠ .

وفى اشتراط التساوى فى الموقف تردد .

ويتحقق السبق بتقدم الهادى .

اذا احتمل كل واحد منهما أن يكون سابقاً أومسبوقاً لتقاربهما في القوة والعدو جاز السباق عليه .

قوله : وفى اشتراط التساوى فى الموقف تردد

ينشأ من أنه لولا التساوي في الموقف لتحقق أحدهما وهو الأقرب الى الغاية أن يكون سابقاً ، فيكون قماراً لوجوب اشتراط تساويهما في احتمال السبق، ومن أصالة عدم الاشتراط، ولابتنائه على التراضي، ولجواز كون أحدهما ـ وهو المتأخر ـ أسرع نهضة من الاخر واحسن رياضة. وللشيخ القولان، واختار المصنف في الشرائع[1] الثاني .

قوله : ويتحقق السبق بتقدم الهادى

اختلف فيما به يتحقق السبق على أقوال : « ١ » بالعنق، وهو قول الأكثر. « ٢ » الاذن، لقوله صلى الله عليه وآله: بعثت والساعة كفرسي رهان كادأن يسبق أحدهما الاخر باذنه[2] . « ٣ » الكتد ، وهو ما بين أصل العنق الى الظهر ، قاله الشيخ[3] في المبسوط والخلاف وابن ادريس[3]. « ٤ » أن يخط في النهاية خط معترض فأيهما خرج بطرف أذنه قبل صاحبه حكم لصاحبه بالسبق ، وهو قول ابن الجنيد ، رواه عن علي عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم . وهوقريب من القول الثاني بل هو هو.

والاجود أنه حصل شرط عند العقد وجب اتباعه ، والا ان صح حديث

---

١) الشرائع : ١٥٣ .

٢) اخرجه في المبسوط ٢٩٥/٦ ، وفي كنزالعمال ١٩١/١٤ هكذا : مثلي ومثل الساعة كفرسى رهان .

٣) المبسوط ٢٩٥/٦ ، الخلاف ٢٧٣/٢ ، السرائر: ٣٧٦ .

وتفتقر المراماة الى شروط تقدير الرشق وعدد الاصابة وصفتها وقدر المسافة والغرض والسبق .

وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد .

ولا يشترط تعيين السهم ولا القوس .

ويجوز المناضلة على الأصابة وعلى التباعد

ولو فضل أحدهما الاخر فقال : اطرح الفضل بكذا ، لم تصح لانه مناف للغرض من النضال .

الأذن فهو المتعين لصدق الاسم عليه لغة ، والا رجع الى عرف المتراهنين .

قوله : وعدد الاصابة وصفتها

يريد بصفتها ما ذكرناه من الحابي والخاصر وغيرهما ، وفائدة معرفتها أنه لو شرط أحدها وجب اتباعه .

قوله : وفي اشتراط المبادرة والمحاطة تردد

المبادرة[1] هي أن يبادر أحدهما الى الاصابة مع التساوي في الرشق ، والمحاطة اسقاط ماتساويا فيه من الرشق ويفضل لاحدهما عدد الاصابة فيكون ناضلا .

ومنشأ التردد من تفاوت الاغراض في كل واحد منهما ، فالاشتراط يزيل

---

١) قال في المسالك : المراماة قسمان مبادرة ومحاطة والمراد من الاول ان يتفقا على رمي عدد معين كعشرين سهماً مثلا فمن بدر الى اصابة عدد معين منها كخمسة فهو ناضل لمن لم يصبه اواصاب مادونها. والمراد من المحاطة بتشديد الطاء ان يقابل اصاباتهما من العدد المشترطة ويطرح المشترك من الاصابات فمن زاد فيها بعدد معين كخمسة مثلا فناضل الاخر فيستحق المال المشروط في العقد . الى آخره .

النزاع . ومن أصالة عدم الاشتراط، ولان السبق يتحقق بالمبادرة فان من حصل له الاصابة المشروطة قبل صاحبه مع تساويهما في السهام فقد سبقه ومع التحقق يستحق المال .

وبؤكد الاول أن هذا العقد انما شرع لبعث العزم على الاستعداد للنضال، وذلك انما يكون واقعاً على الوجه الاكمل اذا شرط فيه ، اما المبادرة أو المحاطة ،اذبهما يحصل بلوغ الغاية في الحذق للرمي على أبلغ نظام، لكونها أشق اقسام الرمي .

كتاب الوصايا

وهى تستدعى فصولا :

(الاول) الوصية تمليك عين أو منفعة ، أو تسليط على تصرف بعد الوفاة .

قوله : الوصية تمليك عين اومنفعة اوتسليط على تصرف بعد الوفاة

الوصية لغة مأخوذة من وصى يصى اذا وصل ، ويسمى تصرف الانسان المتعلق بموته بذلك لانه وصل تصرفه حياً بتصرفه ميتاً[1].

وشرعاًيقال على سبيل الاشتراك على معنيين مختلفين، فلذلكردد المصنف في تعريفه ، لان الحقائق المختلفة لاتجتمع في تعريف واحد :

« ١ » ـ تمليك عين أومنفعة بعد الوفاة . وهوتعريف لها بحسب الغاية كما يقال الكوز ما يشرب به الماء والفاس ما ينجربه الخشب ، ولوعرفها بأجزائها [وعليتها] لقال هي الايجاب والقبول الدالان علىتمليك عين أومنفعة بعد الوفاة فالتمليك كالجنس، وتقييده بما بعد الوفاة تخرج الهبة والسكنى فانهما يملكان

---

١) قال في الجواهر: والاولى نقلها من الوصية بمعنى مطلق العهد، يقال : اوصاه ووصاه توصية عهد اليه الى خصوص ما يعهده الانسان بعد وفاته بل الوصية بمعنى التمليك الصق بهذا المعنى من الاول كما هو واضح .

ويفتقر الى الايجاب والقبول .

وتكفى الاشارة الدالة على القصد ، ولا تكفى الكتابة ، مالم تنضم القرينة الدالة على الارادة .

العين أو المنفعة حال الحياة . و« أو » في قولنا « او منفعة » للتقسيم لا للترديد .

« ٢ » ـ التسليط على تصرف بعد الوفاة . فالتسليط كالجنس وتقييده بما بعد الوفاة تخرج الوكالة والابضاع[1] ، فان التسليط فيهما مقيد بالحياة . وهو أيضاً تعريف بالغاية ، ولو عرفها بأجزائها وغايتها لقال هي الايجاب والقبول الدالان على تسليط على تصرف بعد الوفاة .

واعلم أن الوصية مخالفة للاصول من وجوه :

(الاول) انها تعليق للتصرف في المستقبل .

(الثاني) أنها تعليق تصرف المالك في المال أو الوالي في ولاية حال زوال الملك والولاية .

(الثالث) أن القبول فيها لا يشترط في تأثيره اتصاله بالايجاب حال الحياة بل عند بعضهم بحسب تأخره الى بعد الوفاة، لان التمليك بعدها فكيف يقبل قبلها .

قوله : وتفتقر الى الايجاب والقبول

يجوز عود الضمير المستكن في « تفتقر » الى الوصية، فيكون افتقار الكل الى اجزائه . ويجوز عوده الى التمليك أو التسليط ، فيكون افتقار المعلول الى علته .

---

١) الابضاع : هو ان يدفع الانسان الى غيره مالا ليبتاع به متاعاً ولا حصة له فى ربحه بخلاف المضاربة .

وهنا فوائد :

(الاولى) الوصية ان كانت في جهة عامة أو للفقراء أو بالعتق وشبهه فلا تفتقر الى القبول لتعذره من الجميع ولم يتعين واحد ليكتفي بقبوله فيسقط، والا فلابد من القبول، اذ الاصل في العقود ذلك ، ولانه تمليك لغير[1] فلايسبق ملكه قبوله كسائر العقود، ولان الموصى له لورد الوصية بطلت ، فلوملك بمجرد الايجاب لم يزل الملك كما بعد القبول . هكذا قال العلامة[2].

قيل عليه ان الحقيقة الواحدة لاتختلف باختلاف متعلقاتها ، وقد ثبت أنها الايجاب والقبول في حق المعين ، فيكون كذلك فى [حق] غير المعين. ولا يلزم من تعذر القبول في الجهة العامة والفقراء تعذره مطلقاً ، لجواز قبول الناظر في تلك المصلحة أو الحاكم أو بعض الفقراء الحاضرين كالطبقة الاولى من الوقف .

(الثانية) قال السيد ابن زهرة يجب كون القبول بعد الوفاة. واختاره العلامة في المختلف[3]. واستدل عليه بعض المتأخرين بأنه يجب اتصال العقود بأحكامها لكونها انشئت فهي علل ، ولاريب أن الملك يحصل بعد الموت فكذا سببه ، وان حصل قبله كان اخباراً عن قبوله بعد الموت لا انشاء .

---

١) كذا في الاصل وفى بعض النسخ : تمليك لمعنى . وفى بعضها : تمليك العين . اقول: والظاهر انه « تمليك لمعين » فلم يسبق الملك القبول فلابد منه كسائر العقود .

٢) قال في القواعد : ولو كانت الوصية لغير معين كفى فى التمليك الايجاب والموت ولا يتوقف على القبول . وقال فى المختلف ٢ / ٥٢ : والمعتمد ان نقول : الوصية ان كانت لغير معين كالفقراء ... لم يفتقر الى قبول ولزمت بمجرد الموت .. وان كانت لمعين افتقرت الى القبول ولا يحصل الملك قبله ــ الخ .

٣) فى المختلف ٢ / ٥١ : وهل يشترط وقوع القبول بعد الموت نقل ابن ادريس عن بعض علمائنا ذلك بخلاف الوصية لانها عقد منجز فى الحال فجاز القبول فيها بخلاف

وقال ابن ادريس بجواز حصوله بعد الموت وقبله[1]، واختاره المصنف والعلامة في غير المختلف[2]. وعليه الفتوى، لانا لانسلم أنه لو حصل قبله كان اخباراً والالكان الايجاب اخباراً وهو باطل .

هذا ، وقد تقدم مخالفة هذا العقد للاصول، فيجوز فيه مالا يجوز في غيره.

(الثالثة) اختلف في ملك الموصى له متى يحصل ، قال الشيخ في المبسوط والخلاف[3] يحصل بالموت، وهو قول الشافعية فانهم قالوا يدخل في ملك الموصى له بغير اختياره كالميراث فالقبول كاشف. وقال ابن ادريس[4] انه بالموت والقبول معاً ، وحكاه الشيخ في المبسوط قولا .

ويظهر منه في الخلاف اختياره، لانه قال في كتاب الفطرة : لو أوصى بعبد ومات قبل الهلال ولم يقبل الموصى له الا بعده لم يلزم أحداً فطرته[5]. وعلى الاول فطرته على الموصى له .

وقال في المبسوط قولا ثالثاً حكاه عن بعضهم انه يكون مراعى أن قبل الموصى

قبول الموصى له فانه لايعتد به الا بعد الوفاة لان الوصية تقتضي تمليكه في تلك الحال فتأخر القبول اليها. واظنه قصد بذلك السيد ابن زهرة لانه نقل كلامه قال ابن ادريس ولا ارى بأساً بقبوله قبل الموت وبعده وعلى كل حال لانه لا مانع منه والوجه عندي الاول لانه اوجب له بعد موته فقبله ليس محلا للقبول فأشبه قبل الوصية .

١) السرائر : ٣٨٣ ونقلنا نص قوله قبيل هذا .

٢) قال في القواعد : وقبول ـ اي وتفتقر الى قبول ـ بعد الموت ولا اثر له لو تقدم . وقال في التحرير ٢٩٢/١ : ولو قبل قبل الوفاة جاز وبعد الوفاة آكد وان تأخر القبول عن الوفاة جاز مالم يرد . الى آخر قوله .

٣) الخلاف ٣١٣/٢ .

٤) السرائر ٣٨٧ قال فيه : والذي يقوى في نفسي انه لاينتقل بالموت بل بانضمام القبول من الموصى له لابمجرد الموت ، لانه بالرد بعد الموت يعود الى الورثة .

٥) الخلاف ٣٣٠/١ .

ولا يجب العمل بما يوجد بخط الميت .

وقيل ان عمل الورثة ببعضها ازمهم العمل بجميعها ، وهو ضعيف .

له علمنا أنه انتقل اليه بالموت انتقالا غير مستمر و بالقبول استقر وان لم يقبل علمنا أنه انتقل بالموت الى الوارث .

واختار المصنف في الشرائع الثاني[1]، واختار العلامة[2] في المختلف والقواعد الاول وفي الذكرة الثالث. ولكل فريق استدلال مذكور في المطولات ذكرنا بعض ذلك في «كنز العرفان»[3]، ونحن أيضاً فيما بعد من الشرح .

(الرابعة) لو رد الموصى له الوصية في حياة الموصي فليس لرده أثر بل له القبول بعد الموت مع بقاء الموصي على وصيته ، واما لو رد بعد الموت فله أحوال :

«١» ـ أن يرد قبل القبول ، فتبطل الوصية .

«٢» ـ بعد القبول والقبض ، فلا أثر للرد اجماعاً بل الملك له .

«٣» ـ بعد القبول وقبل القبض ، ففيه قولان مبنيان على أن القبض شرط في اللزوم كالوقف أو الصحة كالهبة أو ليس شرطاً مطلقاً كالبيع . فقوى الشيخ الاول ، وهو البطلان ، والحق خلافه لاصالة عدم اشتراط الملك بالقبض .

(الخامسة) القبول هنا لا يشترط كونه لفظاً بل يكفي الفعل الدال على الرضا صريحاً ، كالاخذ والتصرف فيه لنفسه وعرضه على المتبايعين وشبهه.

قوله : ولايجب العمل بما يوجد بخط الميت، وقيل ان عمل الورثة ببعضها لزمهم العمل بجميعها ، وهوضعيف

---

١) الشرائع : ١٥٤ قال : ولا ينتقل بالموت منفرداً عن القبول على الاظهر.
٢) المختلف ، الجزء الثالث : ٥١ .
٣) كنز العرفان ٢ / ٩٤ .

القول للشيخ في النهاية[1] استناداً الى رواية ابراهيم بن محمد الهمداني قال كتبت الى ابى الحسن عليه السلام : رجل كتب كتاباً بخطه ولم يقل لورثته هذه وصيتي ولم يقل اني قد اوصيت الا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك ؟ فكتب عليه السلام ان كان له ولد ينفذون كل شيء يجدونه في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره[2].

وقال ابن ادريس: الوجه أن الورثه ان أقروا بما في الكتاب يلزمهم العمل به، وان اقروا ببعضه لم يلزمهم الا العمل بما أقروا به دون كله. وهذا هو الصحيح والرواية لاتدل على ماقاله الشيخ كما ترى. وقوله «ينفذون» صفة لولد وجواب الشرط محذوف تقديره ان كان له أولاد ينفذون ما وجدوه في كتاب أبيهم فلهم ذلك ، أي على وجه الاستحباب لا اللزوم .

ان قلت : يحتمل أن يكون قوله « ينفذون » خبراً يراد به الامر، مثل قوله «والوالدات يرضعن أولادهن »[3] أي ليرضعن، وكذا هنا يكون تقديره لينفذوا.

قلت: ذلك مجاز والاصل عدمه، وعلى تقديره هل تدل على وجوب العمل بكل ما يجدونه ولم يقل به الشيخ ولاغيره، فالعمل بمدلولها متروك بالاجماع .

وهنا فوائد :

(الاولى) لاتكفي الكتابة للقادر على اللفظ وان اشار أو أشهد بما فيها من وجوب العمل .

(الثانية) لو قال للشاهد « اشهد علي بما في هذا الكتاب فاني عالم به » لم يصر متحملا حتى يقرأه عليه فيقر به أو يتلفظ المشهد به.

وقيل اذا حفظ الشاهد الكتاب عنده تسلط على الشهادة في الحياة والممات.

---

١) النهاية : ٦٢١ .

٢) الوسائل ١٣/ ٤٣٧ .

٣) سورة البقرة : ٢٣٣ .

ولا تصح الوصية بمعصية كمساعدة الظالم ، وكذا وصية المسلم للبيعة والكنيسة .

(الثانى) فى الموصى : ويعتبر فيه كمال العقل والحرية .

وفى وصية من بلغ عشراً فى البر تردد ، والمروى : الجواز.

وهو بعيد لانه غرر وخطر لجواز غفلة الكاتب حال كتابته فيزيد حرفاً أو كلمة أوينقصهما بحيث يختلف المعنى المراد له .

(الثالثة) لاخلاف أنه لو كان أخرس أوعاجزاً عن النطق تصح الشهادة عليه بالكتابة أوالاشارة مع القرينة الدالة على فهمه وارادته .

قوله : وفى وصية من بلغ عشراً فى البرتردد ، والمروى الجواز

ينشأ من الحجر عليه مطلقاً فلايمضى تصرفه برأكان أوغيره ، ومن فتوى الشيخين[1] وابن بابويه والقاضي وسلار بجواز وصيته في البر اذا بلغ عشراً اعتماداً على الروايات[2].

واعلم أن في تصرفات الصبى فى المعروف أقوالا :

« ١ » ـ قول ابن ادريس[3] بالمنع مطلقاً .

«٢» ـ قول ابن الجنيد اذا وصى الصبى وله ثمان سنين والجارية ولها سبع سنين بما يوصى به البالغ الرشيد جاز .

« ٣ » ـ قول الشيخ بجواز تصرفه في المعروف من وقف وهبة ووصية وصدقة[4].

---

١) النهاية : ٦١١ .

٢) راجع الوسائل ١٣/٢٨ ، الباب ٤٤ من كتاب الوصايا .

٣) السرائر : ٣٨٨ .

٤) قال فى النهاية : ٦١١ : وكذلك يجوز صدقة الغلام اذا بلغ عشر سنين وهبته وعتقه اذاكان بالمعروف وفى وجه البر . ولم يذكر فيه « الوقف » .

« ٤ » ـ مثله قول المفيد[1] الا الهبة .

« ٥ » ـ قول سلار مثله الا الهبة والوقف .

« ٦ » ـ قول التقي لا تمضي وصية من لم يبلغ عشر سنين والمحجور عليه الا ما تعلق بأبواب البر .

وأما الروايات : فالاولى رواية ابن بابويه عن عبدالرحمن بن ابى عبدالله عن الصادق عليه السلام : اذا بلغ الغلام عشر سنين جازت وصيته[٢].

« الثانية » زرارة عن الباقر عليه السلام : اذا أتى على الغلام عشر سنين فانه يجوز له في ماله ما أعتق أو تصدق وأوصى على حد معروف وحق فهو جائز[٢].

« الثالثة » ابى بصير عن الصادق عليه السلام صحيحاً : اذا بلغ الغلام عشر سنين فأوصى بثلث ماله جازت وصيته، واذا كان ابن سبع سنين فأوصى من ماله باليسير في حق جازت وصيته[٢].

« الرابعة » محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام صحيحاً : ان الغلام اذا حضره الموت فأوصى ولم يدرك جازت وصيته لذوي الارحام ولم يجز للغرباء[٢].

وروى الشيخ روايات أخر تضمن هذا المعنى قال العلامة: هذه الروايات وان كانت متظافرة والاقوال مشهورة لكن الاحوط عدم انفاذ وصيته مطلقاً حتى يبلغ ، لعدم كونه أهلا للتصرف في الاموال[٣].

---

١) المقنعة ١٠٢ قال فيه : واذا بلغ الصبي عشر سنين جازت وصيته في المعروف من وجوه البر ـ الى ان قال ـ : ولا يجوز وصية الصبي والمحجور عليه فيما يخرج من وجوه البر والمعروف وهبتهما باطلة ووقفهما وصدقتهما كوصيتهما جائزة اذا وقعا موقع المعروف .

٢) الوسائل ٤٢٩/١٣ .

٣) المختلف ٩٢/٢ .

واوجرح نفسه بما فيه هلاكها ثم أوصى لم تقبل، ولو أوصى ثم جرح قبلت .

أقول : التحقيق هنا أن قوة التمييز والتعقل ليس حصولها مشروطاً بزمان البلوغ الشرعي ، وهو أحد الثلاثة المتقدمة ، لجواز الحصول قبل ذلك ، ولهذا كان الدليل مقتضياً لتكليفه بالتكاليف العقلية عند حصول تلك القوة واستحقاق الثواب في مقابل القيام بتلك التكاليف . واذا كان كذلك فلم لايجوز أن يحصل له داع عقلي الى فعل الخير في ذلك الزمان ، فلومنعناه مع الحجر عليه حال حياته من التصرف لزم المنع من الالطاف المقربة الى تحصيل الثواب، وهو قبيح عقلا . فاذاً قول الشيخين لابأس به وتعضده الروايات المتظافرة .

وقول العلامة « الاحوط عدم انفاذ وصيته » ممنوع ، بل الاولى أن تنفذ خصوصاً اذا كانت لجهة عامة ، فينبغي لوارثه انفاذها احتياطاً لبراءة ذمته، اذ الروايات تقتضي ذلك ، فيكون الاحوط له الانفاذ .

قوله : ولوجرح نفسه بما فيه هلاكها ثم اوصى لم تقبل، ولواصى ثم جرح قبلت

أما الحكم الاول فهومذهب الشيخين[1] والتقي والقاضي ، ومستنده رواية ابى ولاد عن الصادق عليه السلام : ان كان أوصى بوصية بعد ما أحدث في نفسه من جراحة أوقتل لعله يموت لم تجزوصيته[2].

واختلف في تعليله : فقيل ان المنع لمكان سفهه، اذ لا يصدر مثل ذلك عن عاقل ، وقيل لعدم استقرار حياته .

---

١) المقنعة ١٠٣ ، التهذيب ٢٠٧/٩ .

٢) الفقيه ١٥٠/٤ ، الكافى ٤٥/٧ ، التهذيب ٢٠٧/٩ .

وتظهر الفائدة في من أوصى وهورشيد لكنه غيرمستقر الحياة، فان وصيته تبطل على الثاني لاالاول .

لكنه ممنوع ، فان اكثرالوصايا يصدرحال المرض المدنف الذي يحصل معه الاشراف على الموت غالباً ، ولان الرواية أعم من ذلك .

وقال ابن ادريس[١] ان كان عقله ثابتاً فالوجه صحة وصيته كما يصح في باقي تصرفاته ، ولعموم وجوب العمل بالوصية وتحريم مخالفتها ، بدلالة قوله تعالى «فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه»[٢].

قال العلامة في المختلف ولابأس بذلك[٣].

وفيه نظر ، لانا سلمنا أن ثبات عقله هو المناط لصحة تصرفاته، لكن ثبات عقله هنا ممنوع فان جراحته نفسه بما فيه هلاكه دليل على اختلال عقله . وأما الحكم الثاني ـ أعني أنه لوأوصى ثم جرح نفسه تصح وصيته ـ فلاصالة صحة تصرفاته والاختلال انما حصل بعد ذلك .

وهنا فوائد :

(الاولى) هل تصح وصية السفيه ؟ ظاهرابن حمزة عدم الصحة ،طلقاً والمفيد وسلاروالقاضي جوازها في البر كالصبي، والعلامة منعهاتارة مطلقاًوأجازهاأخرى مطلقاً . والاولى الصحة في المعروف خاصة .

---

١) السرائر ٣٨٦ قال فيه : والذى يقتضيه اصولنا وتشهد بصحته ادلتنا ان وصيته ماضية صحيحة اذا كان عقله باقياً ثابتاً عليه .

٢) سورة البقرة : ١٨١ . وراجع السرائر: ٣٨٦ .

٣) المختلف ٢/٥٧ قال : وقول ابن ادريس لابأس به . وقال قبل هذا : والوجه الاول ـ اى وصيته مردودة ـ لنا انه سفيه فلا ينفذ تصرفه ، ولانه فى حكم الاموات فلا يتصرف فى مال غيره ، ولانه قاتل نفسه فلا يتصرف فى ماله ، كالوارث لوقتله منع منه ، ولما رواه ابوولاد عن الصادق عليه السلام .

وللموصى الرجوع فى الوصية متى شاء .

(الثالث) فى الموصى له : ويشترط وجوده . فلا تصح لمعدوم، ولا لمن ظن بقاؤه وقت الوصية فبان ميتاً.

وتصح الوصية للوارث ــ كما تصح للاجنبى ، وللحمل بشرط وقوعه حياً .

(الثانية) المفلس تصح وصيته قطعاً لعدم مصادفتها المال المحجور عليه ، ولانها بعد اداء الدين اجماعاً .

(الثالثة) لايشترط في الموصى الاسلام، فتصح من الكافر لمثله مطلقاً وللمسلم لكن بما يجوز تملكه له .

قوله : وللموصى الرجوع فى الوصية متى شاء

لانها عقد جائز. ثم الرجوع قديكون لفظاً اما صريحاً كرجعت أولا تعطوه شيئاً وأمثاله ، أولزوماً كالوصية لغيره بذلك الشيء ، أوصدور تصرف يستلزم ثبات ملكه عليه كالبيع والعتق والهبة . وغير لفظ كفعل يستلزم تغييراسمه ، كما لو أوصى بحب فزرعه أوبيض فأحضنه[1] أودقيق فخبزه أوخبزفدقه فتيتاً .

قوله : وللحمل بشرط وقوعه حياً

شرح هذه الجملة بمسائل :

(الاولى) انه يشترط مع وقوعه حياأن يكون لدون ستة أشهر من حين الوصية ليتحقق وجوده حالتها ، ولووضعته ما بين الستة الى السنة وهي خالية من زوج أو مولى صحت الوصية وملك . ولو كان لها أحدهما : قيل لايستحق لاحتمال

١) حضن الطائر بيضه : ضمه تحت جناحه، احضن الطائر بيضه : اذا جثم عليه لـ

تجدده، وقيل بل يستحق عملا بالعادة الغالبة من الوضع في هذه المدة . وهو اختيار المصنف ، ولذلك أطلق هنا وفي الشرائع[1].

(الثانية) الحمل المذكور سواء كان له أو لغيره، وسواء كان لرشدة[2] أو لغيرها الأن يقصد كونه للزنا فتبطل .

(الثالثة) ان اتحد الحمل فالكل له ، وان تعدد قسم بالسوية ، وان اختلفوا في الذكورة والانوثة .

(الرابعة) قال ابن ادريس: يشترط قبول وليه بعد انفصاله حياً[3]. قال العلامة في المختلف[4]: يمكن عدم اشتراطه لوجوب ذلك على الولي مع المصلحة ، فاذا امتنع سقطت ولايته وصارت الولاية للشارع وقد حصل بالايجاب . قال الشهيد : وفي هذه المقدمات منع ظاهر .

أقول : يريد بالمقدمات :

« ١ » ـ وجوب القبول على الولي ، ومستنده وجوب الاكتساب عليه ، ووجه المنع أصالة عدم وجوب التكسب عليه .

« ٢ » ـ كونه اذا لم يقبل سقطت ولايته . وهو ممنوع بل يجبره الحاكم ، اذ الفرض أن القبول واجب عليه ، وكل من أخل بواجب أجبر على فعله .

« ٣ » ـ كون ايجاب الشارع قبولا ممنوع ، اذ لا دليل عليه .

---

١) الشرائع ١٥٨/١ قال : وتصح الوصية للحمل الموجود وتستقر بانفصاله حياً ولو وضعته ميتاً بطلت الوصية .

٢) في المصباح : وهو لرشدة اى صحيح النسب بكسر الراء والفتح لغة . وللسيد المحقق الحكيم الميرداماد فى هذه الكلمة واختها « لغية » تحقيق من أراد الاطلاع عليه فليراجع كتابه « الرواشح السماوية » : ٨١ . ونقلناه أيضاً فى تعليقتنا على « نضد القواعد » ص ٢٨٠ .

٣) السرائر : ٣٩٠ .

٤) المختلف ٦٠/٢ .

ويمكن ان يجاب عن الاول بأن التكسب واجب قدر الحاجة فيمكن أن تكون حاصلة حينئذ، وعن الثاني أن ذلك موجب لفسقه المسقط لولايته، وعن الثالث بأنه لم يصرح بكونه قبولا . نعم يكون حينئذ كالوصية للجهة العامة .

(الخامسة) لومات الحمل بعداستهلاله انتقل ما أوصى له به الى وارثه ان قبل الولي أوقلنا لاحاجة الى القبول. ويمكن أن يقال يقبل الوارث على أحد الاحتمالين .

(السادسة) قال في المبسوط[1]: اذا أوصى لحمل المرأة من فلان فأنكره ونفاه باللعان صحت الوصية ، قيل عليه أنه انما أوصى لابن فلان ولم يثبت كونه له فتكون الوصية لمعدوم فلاتصح. والتحقيق أن تعلق غرض الموصى بالانتساب الى الاب المذكور فنفاه بطلت والا فلا .

قوله : وللذمى ولوكان أجنبيا ، وفيه اقوال

(الاول) قول الشيخ في المبسوط لا تصح الوصية للكافر الاجنبى[2].

(الثاني) قوله في الخلاف[3] لاتصح للحربى وتجوز للذمي . قال : ومنا من يقيدها بذي القرابة خاصة.

(الثالث) قوله في النهاية[4] تجوز لاحد أبويه وبعض قراباته وان كانوا كفاراً .

---

١) المبسوط ١٣/٤ .

٢) المبسوط ٦٢/٤ قال : وعندنا يصح للذمى اذاكانوا اقاربه . وقال فى ص ٦٣: تصح الوصية للذمى اذا كانوا اقاربه ولا تصح لاهل الحرب وفيه خلاف.

٣) الخلاف ٣١٦/٢ .

٤) النهاية : ٦٠٩ .

(الرابع) قول المفيد[1] يجب دفع الموصى به الى الموصى له ولو كان كافراً .

(الخامس) قول القاضي الصحيح أن لايوصى للكافر.

(السادس) سلارلاتجوز الوصية للاجنبى الضال عن الدين .

(السابع) النقي تجوز الوصية للكافر ان كانت مكافأة على مكرمة دنيوية أومبتدأ بها .

(الثامن) قول ابن ادريس[2] الوصية تصح للكافرذارحم كانأواجنبياً ، لانها عطية وليس من شرطها القربة .

وعبارة المصنف تؤذن بأن الخلاف فيالذمي دون الحربى. وليس الامر كذلك ، لما تلوناه من هذه الاقوال الدالة صريحاً على أن الخلاف في مطلق الكافر. اللهم الاأن يكون المراد من الكافرفيعبارتهم هوالذمي اطلاقاً للعام على الخاص واستسلافاً لماتقرر عندهم أن مال الحربى غيرمعصوم وأنه لايدخل في ملكه مالالمسلم، فلوصحتالوصية له لوجب دفعها اليه عملابقوله تعالى « فمن بدله بعدما سمعه فانما اثمه على الذين يبدلونه »[3]. لكن لايجب ، لماقلناه من الاجماع على جوازالاستيلاء عليه .

اذا عرفت هذا فوجه ما قاله المصنف ماروله محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام في رجل أوصى بماله في سبيل الله قال: اعط لمن أوصى له به وان كان يهودياً أونصرانياً ، ان الله يقول « فمن بدله بعد ما سمعه » الاية[4] .

---

١) المقنعة : ١٠٢ .

٢) السرائر : ٣٨٦ .

٣) سورة البقرة : ١٨١ .

٤) الكافي ١٤/٧ ، التهذيب ٢٠١/٩ ، الفقيه ١٤٨/٤ ، الاستبصار ١٢٨/٤ .

ولا تصح للحربى ، ولا لمملوك غير الموصى ولو كان مدبراً أو أم ولد .

نعم لو أوصى لمكاتب قد تحرر بعضه مضت الوصية فى قدر نصيبه من الحرية .

قوله : ولالمملوك غيرالموصى ولوكان مدبراً اوام ولد. نعم لواوصى لمكاتب قد تحرربعضه مضت الوصية فى قدر نصيبه من الحرية

هنا مسائل :

(الاولى) مملوك الغير لاتصح الوصية له اجماعاً، ولعموم قول أحدهما عليهما السلام :لاوصية لمملوك[1]. ولان الموصى له يملك ولاشيء من العبد يملك على الاقوى فلاتصح الوصية له .

ان قلت : الكبرى منقوضة بعبد الموصى .

قلت : خرج ذلك بالاجماع فيبقى الباقي على أصله .

(الثانية) مدبر الغير جوز المفيد[2] وسلار الوصية له، وجعله الشيخ في المبسوط حكم القن في المنع ، وكذا ابن حمزة وابن ادريس . وهو الاشبه .

(الثالثة) أم الولد للغير ولانعرف خلافاً في منع الوصية لها .

(الرابعة) مكاتب الغير جوزها المفيد[2] وسلار مطلقاً، ويظهر من[3] الشهيد اختيار هذا لانها نوع اكتساب والمكاتب غير ممنوع منه. وهو قوي ومنعها الشيخ وابن حمزة وابن ادريس مطلقاً ، وفصل المصنف بالمنع للمشروط والمطلق غيـر

---

١) التهذيب ٩/٢١٦ ، الاستبصار ٤/١٣٤ .

٢) المقنعة : ١٠٢ .

٣) الدروس : كتاب الوصية .

وتصح لعبد الموصى ومدبره ومكاتبه وأم ولده .

ويعتبر ما يوصى به لمملوكه بعد خروجه من الثلث .

فان كان بقدر قيمته أعتق ، وكان الموصى به للورثة .

وان زاد أعطى العبــد الزائد ، وان نقص عن قيمته سعى فى الباقى .

وقيل : ان كانت قيمته ضعف الوصية بطلت ، وفى المستند ضعف .

المؤدي، وأما المؤدي فتصح له بقدرما تحرر منه وتبطل بقدر الرقية . والحجة في ذلك كله ما تقدم .

قوله: وتصح لعبد الموصى ومدبره ومكاتبه وام ولده، ويعتبر ما أوصى به لمملوكه بعدخروجه من الثلث فان كان بقدرقيمته اعتق وكان الموصى به للورثة ، وان زاد اعطى العبد الزائد ، وان نقص عن قيمته سعى فى الباقى . وقيل ان كانت قيمته ضعف الوصية بطلت ، وفى المستند ضعف

لاخلاف في صحتها لهؤلاء الاربعة: أما ام الولد فسيأتي حكمها ، وكذا المكاتب ، يبقى القن والمدبرولهما أحوال ثلاثة :

« ١ » ـ أن تكون الوصية بقدرقيمتهما فيصرف ذلك الى عتقهما ويكون ما أوصى لهما به للورثة .

« ٢ » ـ أن تزيد على القيمة، وحكمه كما تقدم الاأن الزائد يكون للعبد .

« ٣ » ـ أن تكون قيمتهما زائدة عن الوصية فيعتق منه بقدرها وسعى فـي الباقي من قيمته ويعتق، وهومذهب الشيخ في الخلاف[1] والتقي وعلي بن بابويه

١) الخلاف : ٢/٢١٢ .

وابن ادريس[١] واختيار المصنف.

وقال الشيخان في النهاية[٢] والمقنعة: ان كانت القيمة ضعف الوصية بطلت ومستندهما رواية الحسن بن صالح بن حي عن الصادق عليه السلام في رجل أوصى لمملوك له بثلث ماله. فقال: يقوم المملوك بقيمة عادلة ثم ينظر ما ثلث الميت فان كان الثلث أقل من قيمة العبد بقدر ربع القيمة استسعى العبد في ربع القيمة وان كان الثلث أكثر من قيمة العبد أعتق العبد ودفع اليه ما فضل من الثلث بعد القيمة[٣].

وهي دالة بمفهومها على المدعى، وذلك لانه عليه السلام حكم بالاستسعاء اذا كان الثلث بأزاء ثلاثة أرباع العبد وبالعتق واعطاء الفاضل ان فضل، وذلك يستلزم العتق ان ساوى والاستسعاء ازداد على ثلاثة الارباع بطريق الاولى وعدم الاستسعاء ان نقص عن ثلاثة الارباع. وذلك يستلزم بطلان العتق، لان الاستسعاء لازم لعتق بعض العبد في الاكثر، وانتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم فينتفي عتق ذلك البعض. وظاهر انتفاء عتق الباقي، لعدم احتمال المال له.

وهذا كله ان تم، الا أنه لايلزم منه التحديد بالضعف، فانه متى نقص عن ثلاثة الارباع كان وافياً بالمفهوم.

وهذا الاستدلال ضعيف: أما أولا فلان الحسن بن صالح زيدي. وأما ثانياً فلما ثبت في الاصول من بطلان دلالة المفهوم.

وللعلامة[٤] هنا تفصيل، وهو أنه ان أوصى له بجزء مشاع من تركته كسدس أوربع مثلا صحت الوصية والحكم كما تقدم، لان الجزء المشاع يتناول نفسه

١) السرائر: ٣٨٦.
٢) النهاية: ٦١٠.
٣) التهذيب ٢١٦/٩، الاستبصار ١٣٤/٤.
٤) المختلف ٥٧/٢.

ولو أعتقه عند موته وليس غيره وعليه دين ، فان كان قيمته بقدر الدين مرتين صح العتق ، والا بطل ، وفيه وجه آخر ضعيف .

أوبعضها ، لانه من جملة الثلث المشاع والوصية له بنفسه صحيحة . والفاضل يستحقه بالوصية، لانه يصيرحراً فيملك الوصية فيصير كأنه قال اعتقوا عبدي من ثلثي واعطوه ما يفضل منه . وتؤيده الرواية المذكورة .

وان أوصى لـه بشيء معين بطلت الوصية ، لانه قصد اعطاء عين فلايجوز التخطي الى غيرها ، لانه تبديل وهـو غير جائز للاية[1] ، ولانه عبد ليس له أهلية التمليك .

ولا يجوز له أن يحرر من قيمته العين ، لانه تبديل أيضاً ، ولقول أحدهما عليهما السلام : لاوصية لمملوك[2] . وهو أعم من أن يكون للموصى أولغيره . وهو تفصيل حسن .

قوله : ولوأعتقه عند موته وليس له غيره وعليه دين فان كانت قيمته بقدر الدين مرتين صح العتق والابطل . وفيه وجه آخر ضعيف

يريد بصحة العتق عدم بطلانه مطلقاً ، والالو كان صحيحاً مطلقاً لما استسعى العبد في قدرالدين وفي ثلثي الباقي بعد الدين .

وتحرير البحث هنا أن نقول: اذا نجزعتق العبد المستوعب للتركة وعليه دين وقلنا ان المنجزات من الاصل صح العتق مطلقاً ولاحق للديان فيه ولااستسعاء وان قلنا هي من الثلث ـ كما هو الفتوى ـ فان كان الدين أكثر من القيمة أومساوياً فالعتق باطل قطعاً ، وان كان أقل بالنصف ـ كمـا لو كان الدين ثلاثين والقيمة

---

١) سورة البقرة : ١١٨ .

٢) التهذيب ٩/٢١٦ ، الاستبصار ٤/١٣٤ .

ستين- فانه ينفذ العتق في سدسه وهومقدارعشرة ويسعى في خمسة اسداسه وهي خمسون ثلاثون للديان وعشرون للوارث .

وهذا مما لاخلاف فيه ، أما اذا كان أقل بالثلث أوالربع أوالسدس مثلا : فقال الشيخان[1] في النهاية والمقنعة يبطل العتق مطلقاً ، ومستندهما رواية جميل عن زرارة عن الصادق عليه السلام : ان كانت قيمته مثل الذي عليه ومثله جاز عتقه والالم يجز[2] . ورواية عبدالرحمن بن الحجاج عن الصادق عليه السلام : قال : قلت رجل مات وترك عبداً ولم يترك مالا غيره وقيمة العبد ستمائة درهم ودينه خمسمائة فأعتقه عند الموت كيف يصنع فيه ؟ قال : يباع فيأخذ الغرماء خمسمائة وتأخذالورثة مائة. ثم قال: قلت فان كانت قيمته ستمائة ودينه أربعمائة؟ قال: كذا يباع العبد فيأخذ الغرماء أربعمائة وتأخذ الورثة مائتين ولايكون للعبد شيء . قال: قلت فان كانت قيمته ستمائة ودينه ثلاثمائة ؟ قال : فضحك ثم قال بعد كلام :فالان يوقف العبد ويستسعى ، ويكون نصفه للغرماء وثلثه للورثة ويكون له السدس[3].

والوجه هنا أن الفاضل عن الدين منه يستحق المريض فيه ثلثه فيصرف ذلك الى العتق المذكور ويسعى العبد في الزائد من ذلك للوارث . وهذا هوالوجه المشار اليه بالضعف ، وينسب الى ابن ادريس .

وأما وجه ضعفه فقال الابى: انه توهم أنه وصية وليس في الرواية دلالة على ذلك بل هومنجز .

أقول: وهذا ليس مما يوجب ضعفه ، لان المنجزات اذا فرض خروجها

---

١) النهاية : ٦١٠ ، المقنعة ١٠٣ .

٢) التهذيب ٢١٨/٩ ، الكافى ٢٧/٧ ، الفقيه ١٦٦/٤ ، الاستبصار ٧/٤ .

٣) الكافى ٢٦/٧ ، التهذيب ٢١٧/٩ ، الاستبصار ٨/٤ .

ولوأوصى لام ولده صح ،وهل تعتق من الوصية أو من نصيب الولد ؟ قولان .

فان اعتقت من نصيب الولدكان لها الوصية .

وفى رواية أخرى تعتق من الثلث ولها الوصية .

من الثلث فلا فرق بينها وبين الوصية في التأخر عن الدين وصرفها الى ثلث الباقي .

والحق ما قاله ابن ادريس ، وتؤيده الادلة المتظافرة بصرف المنجزات والوصايا الى ثلث الباقي بعد الدين .

قوله : ولواوصى لام ولده صح، وهل تنعتق من الوصية اومن نصيب الولد؟ فيه قولان، فان اعتقت من نصيب الولدكان لها الوصية، وفي رواية اخرى تعتق من الثلث ولها الوصية

لاخلاف عندناأنه مع عدم الوصية تعتق من نصيب الولد ، أما مع وجودها فقال الشيخ[١] هوأيضاًكذلك وتعطى الوصية، واحتج عليه بما في كتاب العباس أنه تعتق من نصيب ولدها ويعطى من ثلثه ما أوصى لها به[٢].

---

١) النهاية : ٦١١ .

٢) فى كتاب العباس ــ الى آخره ــ ذيل الحديث الذى فى الكافى٧/٢٩ ، التهذيب ٩/٢٢٤ عن جميل بن صالح عن ابى عبيدة قال : سألت ابا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له ام ولد وله منها غلام فلما حضرته الوفاة اوصى لها بألفى درهم او اكثر للورثة ان يسترقوها . قال : فقال لابل تعتق من ثلث الميت وتعطى من ثلثه ما اوصى لها به . وفى كتاب العباس : تعتق ــ الى آخره . وقال فى الجواهر : وكأن المراد انه قدروى الخبر المزبور فى كتاب العباس على هذا النحو .

واطلاق الوصية تقتضى التسوية مالم ينص على التفضيل .

واختاره العلامة محتجاً بأن التركة تنتقل بالموت الى الوارث فيثبت ملك الولد على جزء منها فتعتق عليه[١].

وقال ابن ادريس[٢] بل تعتق من الوصية لتأخر استحقاق الوارث عن الوصية والدين فتملك قبل ملك ولدها فيصرف الى عتقها ، كما لو أوصى لعبده بشيء فانه يصرف الى عتقه .

وأجاب عنه العلامة بأن استقرار ملك الوارث متأخر لأصل الملك[٣] .

وقال ابن الجنيد بتخير الوارث ، فانه قال الوصية لام الولد جائزة وتعتق من وصيتها أو من نصيب ولدها وتعطى بقية الوصية. يريد أنه ان عتقت من الوصية وفضل منها فتعطى ذلك الباقي .

قوله : وفى رواية اخرى ـ الى آخره

اشارة الى رواية ابى عبيدة عن الصادق عليه السلام سأله عن رجل كانت له أم ولد له منها غلام فلما حضرته الوفاة أوصى لها بألفي درهم أو اكثر أللورثة أن يسترقوها . قال : لا بل تعتق من ثلث الميت ويعطى ما أوصى لها به[٤].

وبمعناها رواية احمد بن محمد بن ابى نصر عن الرضا عليه السلام[٥]. وهما صحيحتان .

---

١) المختلف ٥٨/٢ .

٢) السرائر : ٣٨٦ .

٣) راجع المختلف ٥٨/٢ ، التذكرة فى البحث الثانى فى الوصية للعبد وشبهه من كتاب الوصية ، مسألة يصح ان يوصى الانسان لام ولده .

٤) مرت قبيل هذا .

٥) اخرجها فى الكافى ٢٩/٧ ، التهذيب ٢٢٤/٩ .

وفي الوصيـــة لاخواله وأعمامه روايـــة بالتفضيل كالميراث والاشبه : التسوية .

وأولهما العلامة بأنه اعتقها وأوصى لها فنعتق من الثلث حينئذ ولها الوصية وأولهما غيره بأن المرادبقوله « تعتق من الثلث » أي من الوصية ويعطى ما فضل من الوصية على تقدير الفضل .

والتحقيق أن التأويل هوترجيح الاحتمال المرجوح بدليل ، فمالم يحتمله اللفظ لايجوز التأويل به . ولاشك ان التأويلين المذكورين ليس للفظ الرواية عليهما دلالة . اللهم الا ان يقال: انما اضطرنا الى التأويل انعقاد الاجماع على عدم العمل بهما لكنهما صحيحتان ، فاضطررنا الى حملهما على وجه سائغ .

قوله : وفي الوصية لاخواله وأعمامه رواية بالتفضيل كالميراث ، والاشبه التسوية

الرواية ذكرها الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب عن زرارة عن الباقر عليه السلام في رجل أوصى بثلث ماله في أخواله وأعمامه . قال : لاعمامه الثلثان ولاخواله الثلث[1].

وأفتى بها الشيخ في النهاية[2] ، ومنعه ابن ادريس[3] وقال هي من الآحاد والحمل على الميراث قياس. وعليه الفتوى. أما لوقال « على كتاب الله » أوعلم من قصده التفضيل اتبع .

---

١) الكافي ٧/٤٥ ، التهذيب ٩/٢١٤ ، الفقيه ٤/١٥٤ ، الوسائل ١٣/٤٥٤ .

٢) النهاية : ٦١٤ قال : واذا اوصى الانسان بشيء معين لاعمامه واخواله كان لاعمامه الثلثان ولاخواله الثلث .

٣) السرائر : ٣٨٩ .

واذا أوصى لقرابته فهم المعروفون بنسبه .

وقيل : لمن يتقرب اليه بآخر أب في الاسلام .

قوله : ولوأوصى لقرابته فهم المعروفون بنسبه ، وقيل لمن يتقرب اليه بآخراب في الاسلام

ذكر الشيخ في المبسوط[1] أنه ليس لاصحابنا نص عن الائمة عليهم السلام هنا ، وحكى أقوالا أربعة :

(الاول) لمن تقرب اليه بآخر أب في الاسلام دون من تقرب اليه بأب في الكفر، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم: قطع الاسلام أرحام الجاهلية[2] واختاره في النهاية[3].

وفيه نظر لمنع صحة السند أولا والدلالة ثانياً ، ومنع مساواة باقي اقسام الكفر للكفر الجاهلية ، ولهذا قال في الشرائع : وهوغير مستند الى شاهد[4] .

(الثاني) للمحرم من ذوي الأرحام لاغير المحرم كبني الاعمام .

(الثالث) للوارث دون غيره من الاقارب .

(الرابع) لمن يصدق عليه عرفاً أنه من أقاربه وان لم يكن وارثاً ولامحرماً واختاره في المبسوط والخلاف[5] ، وهومذهب الشافعي واختاره ابن ادريس[6]

---

١) المبسوط ٤/ ٤٠ .

٢) لم اجده بعد الطلب من مظانه . وهوالهادى .

٣) النهاية : ٦١٤ قال : واذا اوصى بثلث ماله لقرابته ولم يسم احداً كان ذلك في جميع ذوى نسبه الراجعين الى آخراب له وام له في الاسلام ويكون ذلك بين الجماعة بالسوية .

٤) الشرائع ١٥٨/١ .

٥) المبسوط ٤/ ٤٠ ، الخلاف ٢/ ٣١٥ .

٦) السرائر : ٣٨٩ .

ولو أوصى لاهل بيته دخل الاولاد والاباء .

والقول في العشيرة والجيران والسبيل والبر والفقراء كما مر في الوقف .

وعليه الفتوى ، للقاعدة الاصولية ، وهي الحمل على العرف اذا لم يكن نص شرعي .

ولابن الجنيد قول خامس، وهوأن لايتجاوز بالتفرقة ولدالاب الرابع، لان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لم يتجاوز ذلك في تفرقة سهم ذي القربى من الخمس .

قوله : ولواوصى لاهل بيته دخل الاولاد والاباء

وكذا لوقال لاهل بيت فلان كان لاولاده وآبائه. وقال المصنف في الشرائع والعلامة في التحرير[1] يدخل في أهل البيت الاباء والاولاد والاجداد .

وفيه نظر ، فان علياً عليه السلام سيد أهل البيت وليس من الاقسام الثلاثة فالاولى اضافة الاعمام والاخوال كما نقل العلامة في القواعد[2] .

ويدخل فيذلك الذكور والاناث سواء تقربوا بالاب أوبالام أوبهما معاً .

واختصاص أهل البيت بالخمسة في النص القرآني لمكان اختصاصهم باذهاب الرجس والتطهير المقتضي ذلك لعصمتهم عليهم السلام والصلاة[3] .

---

١) الشرائع ١٥٨/١ ، التحرير ٣٠١/١ .

٢) القواعد ، المطلب الثالث في الموصى له من كتاب الوصية ، قال فيه : .. والاعمام والاخوال واولادهم .

٣) اشارة الى الاية ٣٣ منسورة الاحزاب وهيقوله تعالى « انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت ويطهركم تطهيراً » .

واذا مات الموصى له قبل الموصى انتقل ماكان الى ورثته ، مالم يرجع الموصى على الاشهر.

ولولم يخلف وارثاً رجعت الى ورثة الموصى ، واذا قال : أعطوا فلاناً دفع اليه يصنع به ما شاء .

قوله : واذا مات الموصى له قبل الموصى انتقل ما كان للموصى له الى ورثته مالم يرجع الموصى على الاشهر، ولولم يخلف وارثارجعت الى ورثة الموصى

هنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف أنه مع رجوع الموصى تبطل الوصية ، سواء كان قبل الموت أوبعده .

(الثانية) الاكثرعلى أنه اذالم يكن للموصى له وارث فانهاترجع الى الموصى أوورثته ، وقال ابن ادريس تكون للامام لانه وارث مع عدم الوارث .

(الثالثة) لومات وله وارث ولم يرجع الموصى قال الاكثر تكون لوارثه مع القبول سواءكان موته قبل الموصى أوبعده، لرواية محمد بن قيس عن الباقر عليه السلام في قضاء علي عليه السلام[١].

وقال ابن الجنيد تبطل الوصية ، واختاره العلامة في المختلف[٢]، محتجاً برواية ابى بصيرومحمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام صحيحاً قالا : سئل عن رجل أوصى لرجل فمات الموصى له قبل الموصي. قال ليس بشيء[٣] ومثله في رواية منصوربن حازم موثقاً عنه عليه السلام[٤]. وبأنا قد قلناان الوصية تفتقر

---

١) الكافى ٧/ ١٣ ، الفقيه ٤/ ١٥٦ ، التهذيب ٩/ ٢٣٠ ، الاستبصار ٤/ ١٣٧ ، الوسائل ١٣/ ٤٠٩ .

٢) المختلف ٢/ ٦٥ .

٣) التهذيب ٩/ ٢٣١ ، الاستبصار ٤/ ١٣٨ ، الوسائل ١٣/ ٤١٠ .

الى القبول ولااعتبار به الابعد موت الموصي .

وفي القولين نظر :

أما الاول: فلان محمد بن قيس مشترك بين ضعيف وغيره وذلك مما يضعف الرواية ، ولان الورثة اماأن تتلقى الملك عن الموصى له وهوباطل لعدم دخوله في ملكه الابالقبول والوفاة ولم يحصلا ، أوعن الموصى وهوباطل أيضاً لعدم قصدهم بالوصية .

وأما الثاني : فلجواز حمل الروايتين على عدم الوارث أوعلى عدم قبوله أوعلى رجوع الموصى ونمنع عدم اعتبار القبول قبل الموت، لجواز حصول الملكبه متزلزلا، لجوازرجوع الموصى كما للمشتري الرجوع في مدة الخيار سلمنا انه بعد الموت ، لكن لم لايكون قبول الوارث قائماً مقام قبول مورثهم ويكون القبول موروثاً كالخيار .

(الرابعة) حيث ظهرضعف القولين مطلقاً قال المصنف في فتاواه بأنه اذا مات قبل الموصى بطلت وان مات بعده قبل القبول قام الوارث مقامه . ويمكن أن يقال أيضاً : ان علم تعلق غرض الموصى بالموروث بطلت بموته والا فلا ويقوم الوارث مقامه .

(الخامسة) اذا مات قبل الموصىلم يدخل الموصى به في ملكه، وان مات بعده ففيدخوله وجهان مبنيان على مايحصل به الملك. وقدتقدم حكايةالخلاف فيـه .

فعلىالقولبدخوله في ملكه بالوفاة يدخلهنا وتلزمه أحكامه من قضاء ديونه ووصاياه والعتق عليه لوكانالموصى به ممن ينعتق عليه والارث أيضاً. والشيخ منع الارث والالزم الدوربناء على القول بالمراعاة ، فان استقرارالملك معتبر بقبوله والارث معتبربملكه المستقرفيعتبرقبوله فيدور .

ويستحب الوصية لذوى القرابة ، وارثاً كان أوغيره .

(الرابع) فى الاوصياء : ويعتبر التكليف والاسلام .

قال الشهيد : أجيب بأن المعتبر قبول الوارث في الحال .

هذا وعلى القول بأنه لايدخل فى ملك، الا بالوفاة والقبول معاً لايثبت شيئاً من ذلك .

قوله : وتستحب الوصية لذى القرابة وارثاً كان أوغيره

كان ذلك واجباً في مبدأ الاسلام ثم نسخ بآية الارث، وقد تقرر في الاصول أن الوجوب اذا ارتفع بقي الجواز مع أنه جمع بين الصلة والوصية، وسواء كان القريب وارثاً أوغيره للعموم .

وأما الحديث المروي عنه صلى الله عليه وآله وسلم وهو: لاوصية لوارث فباطل[1] عندنا ، ولو صح حمل على نفي الوجوب المنسوخ تأكيداً، أي لاوصية واجبة .

قوله : ويعتبر التكليف والاسلام

هذا ليس على اطلاقه بل التكليف شرط في الوصي المنفرد ، لما يأتي من صحة الوصية الى الصبى منضماً الى البالغ، وكذا الاسلام شرط اذا كان الموصى مسلماً أو الموصى عليه مسلماً ، فلو أسلمت الزوجة تبعها ولدها في الاسلام ولا يصح لابيه الكافر أن يوصى عليه كافراً بل مسلماً .

---

١) سنن ابن ماجة ٩٠٥/٢ ، سنن الترمذى ٤٢٣/٤ . اقول : وروى من الشيعة الحسن بن شعبة فى « تحف العقول » : ٨ الطبع السابق و ٣٤ الطبع الجديد عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم فى خطبة الوداع أنه قال : ايها الناس ان الله قد قسم لكل وارث نصيبه من الميراث ولا تجوز وصية لوارث بأكثر من الثلث . كما قال الصدوق : والخبر الذى روى انه لاوصية لوارث معناه انه لاوصية لوارث بأكثر من الثلث كما لايكون لغير الوارث بأكثر من الثلث .

وفى اعتبار العدالة تردد ، أشبهه أنها لاتعتبر .

أما لو أوصى الى عدل ففسق بطلت وصيته .

قوله : وفى اعتبار العدالة تردد اشبهه انها لاتعتبر

ينشأ من كونها امانة ولاشيء من الفاسق بأهل الامانة، ومن أنها استنابة تابعة لاختيار المستنيب فيجوز الى الفاسق كما يجوز توكيله وايداعه. واختار المصنف الثاني لاصالة عدم الاشتراط .

والحق اشتراطها ، لانه مركون اليه في الانفاق على الطفل وفي اخراج الحقوق ، ولاشيء من الفاسق بمركون اليه لقوله تعالى « ولاتركنوا الى الذين ظلموا »[1].

ونمنع مساواتها للوكالة والايداع ، لانهما حق يختص بالموكل والمودع بخلاف الوصية فان للغيربها تعلقاً، اذهواماالیتیم المولى عليه أوأرباب الحقوق والامانات فيجب اعتماد المصلحة في ذلك .

قوله : اما لوأوصى الى عدل ففسق بطلت وصيته

هذا قول الشيخ في المبسوط[2] . وهوحق ، لان الظاهرأنه لم يوص اليه الالمكان عدالته فتزول الوصية لزوال الباعث ، ولانه اذا خالف المشروع في تصرفاته عزل واستبدل به غيره فكذا اذا فسق.

وقول ابن ادريس[3] بعدم بطلان وصيته، لان بطلانها تبديل منهي عنه.خطأ لان فسقه هوعين التبديل لمخالفته غرض الموصى في البطلان ونصب غيره رفع للتبديل المنهي عنه ورفع المنهي عنه لايكون منهياً عنه .

---

١) سورة هود : ١١٣ .

٢) المبسوط ٥٢/٤ .

٣) راجع السرائر: ٣٨٤ .

ولايوصى الى المملوك الا باذن مولاه .
ويصح الى الصبى منضماً الى كامل لامنفرداً .
ويتصرف الكامل حتى يبلغ الصبى ، ثم يشتركان.

وهنا فوائد :

(الاولى) لوفسق ثم عادت عدالته بالتوبة هل تعود وصيته ؟ الحق لا، لان حدوث الوصية يفتقر الى فاعل ولافاعل الاالحاكم وتوليته ليست وصية .

(الثانية) لوفسق ولما يعلم فسقه هل تكون تصرفاته ماضية في نفس الامرأم لا ؟ يظهر من كلام العلامة[1] والشهيد البطلان . وعندي لوتصرف والحالة هذه حسبة نفذ في الضروريات لاغيرها .

(الثالثة) لوأوصى الىفاسق فتاب قبل موتهاستمرت وصيته، سواء علم فسقه أولا لحصول الشرط حال المباشرة .

قوله : ولايوصى الى المملوك الاباذن مولاه

لافرق بين القن والمدبر والمكاتب فياشتراط اذن المولى ، أما لوأوصى الى عبدنفسهأومدبره أومكاتبه فمنعهاالشيخ[2] وجوزهاالمفيد[3] وسلارالى المدبر والمكاتب مطلقاً. وليس ذلكبعيداً من الصواب، لحريةالمدبرحال المباشرة ولزوم الكتابة وجوازتصرف المكاتب من غيرحجرعليه .

---

١) القواعد ، الفصل الرابع فيالوصية بالولاية ... قال في شروط الوصى : الشرط الرابع العدالة وفياعتبارها خلاف الاقرب ذلك. الى ان قال: نعم لو اوصى الى العدل ففسق بعد موته عزله الحاكم ونصب غيره .

٢) المبسوط ٦١/٤ قال فيه : اذا اوصى لعبد نفسه اولعبد ورثته صحت الوصية عندنا لان الوصية للوارث صحيح .

٣) المقنعة ١٠٣ ، ١٠٤ .

وليس له نقض ما أنفذه الكامل بعد بلوغه .

ولا تصح الوصية من المسلم الى الكافر وتصح من مثله .

وتصح الوصية الى المرأة .

ولو أوصى الى اثنين وأطلق ، أوشرط الاجتماع ، فليس لاحدهما الانفراد.

قوله : وليس له نقض ما انفذ الكامل قبل بلوغه

هنا فوائد :

(الاولى) يشترط في ما أنفذه الكامل المشروعية، فلو كان غير مشروع كان للصبى نقضه .

(الثانية) لومات الصبى أوبلغ غيرأهل للوصية هل ينفرد الكامل؟ قيل نعم لثبوت ولايته وعدم حصول مايزيلها. وهوحسن، لان الموصى رضي به منفرداً ويحتمل العدم ، لدلالة لفظ الموصى على الضم في وقت امكانه عادة .

(الثالثة) عكسه ، أي لوبلغ الصبى رشيداً ومات الكامل أوفسق الاولى هنا عدم انفراد البالغ الرشيد بل يضم اليه الحاكم .

قوله : وتصح الوصية الى المرأة

نقل الشيخ[1] الاجماع هنا على ذلك ، وروى السكوني عن علي عليه السلام[2] المنع من الوصية اليها وهي مع ضعفها محمولة على التقية أوالكراهية .

قوله : ولواوصى الى اثنين واطلق اوشرط الاجتماع فليس لاحدهما الانفراد

---

١) المبسوط ٤/٥٢ قال : واما المرأة فتصح ان تكون وصياً بلا خلاف الامن عطاء فانه لم يجزها .

٢) التهذيب ٩/٢٤٥ ، الفقيه ٤/١٦٨ ، الاستبصار ٤/١٤٠ ، الوسائل ١٣/٤٤٢.

ولو تشاحا لم يمض الا مالا بدمنه ، كمؤونة اليتيم .

وللحاكم جبرهما على الاجتماع .

فان تعذر جاز الاستبـدال ، ولو التمسا القسمة لم يجز ، ولو عجز أحدهما ضم اليه .

أما لوشرط لهم الانفراد تصرف كل واحد منهما ، وان انفرد ، ويجوز أن يقتسما .

ولو تشاحا لم يمض الا ما لابـد منه كمؤنة اليتيم وللحاكم جبرهما على الاجتماع ، فان تعذرجازالاستبدال . ولوالتمسا القسمة لم يجز ، ولو عجز احدهما ضم اليه . أمـا لوشرط لهما الانفراد تصرف كل واحد منهما وان انفرد ، ويجوزان يقتسما

شرح هذا الكلام يتم بفوائد :

(الاولى) يجوز كون الوصي واحداً واكثر: أما الاول فلامكان قيامه بالغرض المقصود منه ، فلوعلم عدم قيامه بذلك لعجزه أوبلاهته أوسفهه لم تجزالوصية اليه . وأما الثاني فلانه أعون وأضبط لمصلحة التركة والايتام .

(الثانية) لوأوصى الى اكثرمن واحد وخصص كل واحد بنوع من التصرف لم يتعد أحدهم ما عين له ولم يداخل غيره اجماعاً .

(الثالثة) اذا كانوا جماعة وشرط عليهم الاجتماع في كل تصرف لم يجز لواحد الانفراد بشيء وكان تصرفه منفرداً باطلا . وهواجماعي أيضاً .

(الرابعة) لولم يتفق هؤلاء لم يمض تصرف أحد منهم الافيما كان ضرورياً كنفقة اليتيم وحفظ المال من التلف وتحصيله من غريم مماطل أوسيء المعاملة وأمثال ذلك .

(الخامسة) مع التشاح المذكور قال الشيخ[1] واتباعه يجبرهم الحاكم على الاتفاق على التصرف فيما تظهر فيه المصلحة ، وهو المشهور وعليه الفتوى .

وقال التقي يردهم الحاكم الى رأي أعلمهم بذلك التصرف وأقواهم فيه .

قال العلامة[2] فيه اشكال من حيث أنه تخصيص لاحدهم بالتصرف وقد منعه الموصي .

وفيه نظر ، اذ لامنافاة بين القولين ، لان ردهم الى رأي الاعلم الاقوى ، هو نفس الاجبار على الاجتماع ، وفيه حسم لمادة الاختلاف .

(السادسة) لو أوصى الى الجماعة أو الاثنين وأطلق فهل حكمه حكم مالو نص على الاجتماع أم لا ؟ قال الشيخ[3] في المبسوط والخلاف والتقي وابن حمزة وابن ادريس[3] وعلي بن بابويه نعم ، وهو اختيار المصنف والعلامة[4] . وعليه الفتوى ، لان التشريك في الوصية يستلزم عدم جواز الانفراد ، وتؤيده رواية محمد بن الحسن الصفار عن العسكري عليه السلام قال : كتبت اليه : رجل أوصى الى رجلين أيجوز لاحدهما أن ينفرد بنصف التركة والاخر بالنصف

---

١) النهاية : ٦٠٦ قال : واذا وصى الانسان الى نفسين وشرط ان لايمضيا الوصية الا بعد ان يجتمعا لم يكن لكل واحد منهما الاستبداد بما يصيبه ، فان تشاحا فى الوصية والاجتماع لم ينفذ شيء مما يتصرفان فيه الا مايعود بمصلحة الورثة والكسوة لهم والمأكول وعلى الناظر فى امر المسلمين حملهم على الاجتماع على تنفيذ الوصية او الاستبدال بهم ان رأى ذلك اصلح فى الحال ، وان لم يكن الموصى قد اشترط عليهما ذلك جاز لكل واحد منهما ان يستبد بما يصيبه ويطالب صاحبه بقسمة الوصية .

٢) المختلف ٢/٦٤ .

٣) المبسوط ٤/٥٤ ، الخلاف ٢/٣٢٠ ، السرائر : ٣٨٤ .

٤) المختلف ٢/٦٤ .

الاخر؟ فوقع عليه‌السلام : لايجوزلهما أن يخالفا الميت وأن يعملا على حسب ما أمرهما انشاء الله[1].

وقال الشيخ في النهاية[2] وتبعه القاضي لابل يجوزلكل منهما أن يستبد بما يصيبه ويطالب صاحبه بالقسمة ، معتمداً على رواية بريد بن معاوية : ان رجلا مات وأوصى الي والى آخـر أوالى رجلين ، فقال احدهما خذ نصف ما ترك واعطني النصف مما ترك ، فأبى عليه الاخر ، فسألوا أباعبدالله عليه السلام عن ذلك فقال : ذلك له[3].

والجواب أن قوله « ذلك له » اشارة الى مصدر «ابى» ، أي الاباء له ، أي للمطلوب له منه، وليس اشارة الى الطلب ولاالضمير في «له» عائداً الى الطلب كذا قاله الشيخ في التهذيب والاستبصار وهوحسن .

ولي فيه نظر، فان اللام في اسم الاشارة للبعيد لاللقريب كما نص عليه أهل اللغة ، فيكون عائداً الى الطلب .

(السابعة) قدعرفت أن حكم الاطلاق حكم النص على الاجتماع، فلوتشاجرا فالحكم ما تقدم، فلووكل أحدهما الاخرهل يصح ؟ الاقوى لا : أما مع النص على الاجتماع فظاهر ، وأما مع الاطلاق فلما قلنا من أن حكمه حكمه .

---

١) الكافي ٤٦/٧ ، التهذيب ١٨٥/٩ ، الفقيه ١٥١/٤ ، الوسائل ٤٤٠/١٣ .

٢) النهاية : ٦٠٦ .

٣) الكافي ٤٧/٧ ، التهذيب ١٨٥/٩ ، الفقيـه ١٥١/٤ ، الاستبصار ١١٨/٤ ، الوسائل ٤٤٠/١٣ . قال الشيخ فى التهذيب : ذكر ابوجعفر محمد بن على بن الحسين بابويه رحمه‌الله ان هذا الخبر لااعمل عليه ولا افتى به وانما اعمل على الخبر الاول ظناً منه انهما متنافيان وليس الامر على ماظن لان قوله عليـه السلام « ذلك له » ليس فى صريحه ان ذلك للمطالب الذى طلب الاستبداد بنصف التركة وليس يمتنع ان يكون المراد بقوله عليه السلام « ذلك له » يعنى الذى ابى على صاحبه الانقياد الى ما اراده فيكون تلخيص الكلام ان له ان يأبى عليه ولا يجيبه الى ملتمسه . وعلى هذا الوجه لاتنافى بينهما على حال.

وللموصى تغيير الاوصياء، وللموصى اليه رد الوصية، ويصح ان بلغ الرد.

ولو مات الموصى قبل بلـوغه لزمت الوصية ، واذا ظهر من الوصى خيانة استبدل به.

والوصى أمين لايضمن الا مع تعد أو تفريط.

(الثامنة) لوتعذراجتماعهما جاز للحاكم عزلهما ونصب غيرهما، أما واحداً أواكثربحسب ما يراه من نصب من فيه كفاية وله عزل أحدهما ويضم الى الاخر أميناً وليس له جعله منفرداً.

(التاسعة) لوعجز أحدهما أومات أوفسق هل يضم الى الاخر أميناً أم لا ؟ جزم المصنف هنا وفي الشرائع[1] بالضم مع العجز، وتردد في الموت والفسق من حيث أن العدل أوالحي وصي فلا ولاية للحاكم معه ، ومن أن الميت لـم يوص اليه منفرداً بـل مع آخرفيجب الضم ، فيكون مفوضاً الى تعيين الحاكم لانه منصوب للمصالح . وهوالاقوى.

(العاشرة) انه ظهرمماقررناه أنه ليس لاحدهم الانفراد الامع النص عليه ، فيجوز حينئذ قسمةالتركة والايتام بينهم ، ويجوزاستبداد واحد بالكل ولوجعل لاحدهم الانفراد دون الباقين فالحكم كما تقدم.

قوله : ولومات الموصى قبل بلوغه لزمت الوصية

هنا فوائد :

(الاولى) لاخلاف أنه لايجب قبول الوصية بل يجوز الرد في حياة الموصى.

---

١) الشرائع ١٥٩/١.

نعم يستحب ذلك لمن يثق من نفسه بالكفاية والامانة ، لانه من باب التعاون والتناصر .

(الثانية) لا خلاف انه أذا رد الوصية وبلغ الرد الموصى أنه لا يلزمه القيام بها .

(الثالثة) لاكلام أنه مع عجزه وعدم كفايته أنه لايجب عليهبل ولايستحب لعدم حصول الغرض ، خصوصاً اذالم يثق من نفسه بالامانة فانها تحرم قطعاً .

(الرابعة) اذا لم يعلم بهاوردها ولم يبلغ الرد الىالموصى قبل موته وكان الوصي ذاكفاية وأمانة هل يجب عليه القيام بها ويحرم ردها ؟ المشهور بين الاصحاب ذلك ، ومستندهمرواية منصور بن حازم عن الصادق عليهالسلام قال اذا أوصى الرجل الى أخيه وهوغائب فليس له أن يرد عليه وصيته لانه لوكان شاهداً فأبى أن يقبلها طلب غيره[1].

ورواية محمد بن مسلم عنه عليه السلامأيضاً قال: اذا أوصىرجل الىرجل وهوغائب فليس له أن يرد وصيته ، وان أوصى اليه وهوفيالبلد فهوبالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل[2].

وقال العلامة في المختلف[3] : الوجه عندي ذلك ان كان قبل الوصية أولا وان لم يكن قبل ولاعلم جاز له الرجوع ، للاصل ولازالة الضررغيرالمستحق الواصل اليه بالتحمل . قال : وتحمل الاحاديث على حصول القبول أولا ، لانه عقد لابد فيه من القبول . قال : وقد نبه الشيخ[4] عليه في المبسوط والخلاف ،

---

١) الكافي ٦/٧ ، التهذيب ٢٠٦/٩ ، الفقيه ١٤٥/٤ ، الوسائل ٣٩٨/١٣ .

٢) الكافي ٦/٧ ، التهذيب ٢٠٥/٩ ، الفقيه ١٤٤/٤ ، الوسائل ٣٩٨/١٣ .

٣) المختلف ٦٤/٢ .

٤) المبسوط ٣٧/٤ .

قال: اذا قبل الوصية له أن يردها ما دام الموصي حياً، فان مات فليس له ردها استدل باجماع الفرقة وبأن الوصية قد لزمته بالقبول.

وفي كلام العلامة نظر:

أما أولا: فلان الاصل يرجع عنه للدليل وقد بينوه.

وأما ثانياً: فلانه ان أراد بالضرر مطلق المشقة فلانسلم أن ذلك موجب للرد فان التكاليف كلها ملزومة للمشقة، وان أراد ما يؤدي الى تلف نفس أومال فذلك داخل في قسم العجزوقد بينا عدم الوجوب معه.

وأماثالثاً: فلان حمله الاحاديث غيرموجه بأنه تأويل لايحتمله لفظ الحديث لان الواوفي قوله «وهوغائب» للحال، فيقيد الايصاء بغيبة الوصي فلا يتقدر قبوله قبل الموت بناء على الظاهر، وانما يتقدرلو كان حاضراً فأوصى اليه وقبل ثم سافرورد في غيبته، لكن ذلك لايحتمله لفظ الحديثين.

والتحقيق أن نقول: ان تحقق الاجماع على ذلك فذلك هو المعتمد، فلعل مستنده غيرما ذكر، والا فالروايتان قاصرتان عن الدلالة على وجوب القبول: أما الرواية الاولى فلامكان حمل النهي فيهـا على الكراهية، كما نبه عليه فيها بأنه لو كان شاهداً لطلب غيره. وأما الثانية فلانها دلت على أن القبول حال الحياة غيرواجب وانه مخيرفي ذلك فيكون كذلك بعد الموت، اذ الحكم الواحد لا يختلف باختلاف الاحوال، غاية ما في الباب أنه يدل على استحباب القبول بعد الموت وكراهية الرد.

(الخامسة) قال الصدوق[1]: اذاأوصى الى ولده وجب عليه القبول، وكذا الى اجنبى اذا لم يجد غيره. وهما مرويان وفيهما قوة: أما الاول فلان خلافه

---

١) المقنع ١٦٤ قال فيه: واذا دعا رجل ابنه الى قبول وصيته فليس له ان يأبى. وليس فيه «وكذا الى اجنبى» الى آخره. نعم نقله العلامة فيالمختلف عنه.

ويجوز أن يستوفى دينه مما فى يده ، وأن يقوم مال اليتيم على نفسه ، وأن يقترضه اذا كان مليئاً .

عقوق ، وأما الثاني فلانه حسبة يجب عيناً مع عدم قيام الغيربها اجماعاً .

(السادسة) صيغة الوصية « أوصيت اليك » أو« فوضت » أو«جعلتك وصياً» أو « اقمتك مقامي في امر أولادي أوحفظ أموالى » أو كذا و كذا . ولوقال « أنت وصي » واقتصرولم يذكر المتعلق ، فان كان هناك قرينة حال حملت عليه، وان لم تكن أمكن البطلان لاحتماله أموراً متعددة من غير ترجيح. ويحتمل التصرف فيما لابد منه كمؤنة اليتيم وحفظ المال من المتلفات .

قوله : ويجوز ان يستوفى دينه مما فى يده

يريد سواء أمكن اثباته عندالحاكم أولا. وقال الشيخ في النهاية[1] لاتجوز أن يأخذ من تحت يده الا ما تقوم به البينة . وتبعه القاضي وقال ابن ادريس[2] ان كان له بينة فلايجوز الامع اثباته عند الحاكم والاجاز .

والحق الاول، أعني قول المصنف لانه يأخذ حقه محسن وما على المحسنين من سبيل[3] ، سواء أمكن اثباته أولا .

وهل له ايفاء دين غيره اذا كان عالماً به؟ قيل لابل لابد من اثباته عند الحكم وحكم الحاكم به. والحق أنه لايفتقر الى الاثبات اذا كان الوصي عالماً به. نعم لابد من احلافه على بقاء الحق ان كان ممكناً في حقه القبض أوالابراء ، أما من لايمكنان في حقه كالصبى والمجنون فلايفتقر الى الاحلاف بل يكفي علمه، لان علمه يقينى وشهادة الشاهدين ظنية .

قوله : وان يقوم مال اليتيم على نفسه وان يقترضه ان كان مليئاً

---

١) النهاية : ٦٠٨ .

٢) السرائر : ٣٨٤ .

٣) سورة التوبة : ٩١ .

وتختص ولاية الوصى بما عين له الموصى ، عموماً كان أو خصوصاً .

ويأخذ الوصى أجرة المثل ، وقيل قدر الكفاية ، هذا مع الحاجة.

هنا مسألتان :

(الاولى) جواز شرائه مال اليتيم وبيع ماله عليه ، وهومذهب الشيخ في النهاية[1] والقاضي ، واختاره العلامة في المختلف[2] ، لانه بيع صدر من أهله في محله فيكون جائزاً ، والملازمة ظاهرة . وأما المقدمة الاولى فلانه جائز التصرف يصح أن يبيع على غيره قطعاً فيجوزعلى نفسه، اذ لامانع ومنع ذلك ابن ادريس[3] والالكان موجباً قابلا وذلك غيرجائزالاللاب أوالجد له للاجماع فلايقاس عليه غيره . وهو قول الشيخ في الخلاف[4] . والاجود الاول ، لان المغايرة بالاعتبار كافية ، وليس الحمل على الأب قياساً بل من اتحاد الطريق .

(الثانية) هل يجوزأن يقترض مال اليتيم؟ الخلاف هنا كما في الاول والحق فيه أنه اذا لم[5] يكن ملياً فلايجوز ذلك ، وان كان ملياً جعل الرهن وأشهد به والافلا .

قوله: ويأخذ الوصى اجرة المثل وقيل قدرالكفاية هذا مع الحاجة

هنا فوائد :

---

١) النهاية : ٦٠٨ .

٢) المختلف ٢/٦٣ .

٣) السرائر: ٣٨٥ قال : والذى يقتضيه مذهبنا انه لايجوزله ان يشتريه لنفسه بحال لان الانسان لايكون موجباً قابلا فى عقد واحد . الى آخرما قال .

٤) الخلاف ٢/١٤٦ .

٥) فى ب : ان لم يكن .

واذا أذن له في الوصية جاز، ولولم يؤذن فقولان، أشبههما: أنه لايصح.

(الاولى) اذا جعل الموصى للوصي شيئاً لحق سعيه، فان كان أجرة مثله من غيرزيادة صح بلاخلاف، وان زاد فان خرجت الزيادة من الثلث صح أيضاً والااعتبرت اجازة الوارث.

(الثانية) لوأطلق ولم يعين له شيئاً وهوملي هل يجوزأن يأخذ أجرة المثل اذا لم يتبرع بالعمل أم لا؟ قال ابن ادريس لايجوز ويجب العفة للاية ولاصالة عدم استباحة مال الغيرالا بدليل وليس. وقال الشيخ وابن الجنيد يجوز على كراهية وتستحب العفة، واختاره العلامة لقرينة العفة. والحق الاول، لقوله تعالى «ولاتقربوا مال اليتيم الابالتى هي أحسن»[1]، ولاشك أن التصرف تبرعاً أحسن.

(الثالثة) المسألة بحالها لكنه محتاج، ولاخلاف في جواز أخذه شيئاً. واختلف فيقدره على أقوال: «١» أجرة المثل، قاله الشيخ واختاره المصنف، ويدل عليه رواية ابن ابى عمير عن هشام بن الحكم عن الصادق عليه السلام[2] «٢» قدرالكفاية، قاله ابن ادريس. «٣» أقل الامرين، نقله الشيخ فيالخلاف وهوأولى، لانه احسن.

قوله: واذا اذن له فى الوصية جاز، ولولم يأذن فقولان اشبههما انه لايصح

هنا مسألتان:

---

١) سورة الانعام: ١٥٢.

٢) التهذيب ٣٤٣/٦، الوسائل ١٨٦/١٢.

ومن لاوصى له فالحاكم وصى تركته .

(الاولى) للوصي أن يستنيب في حال حياته في ماجرت العادة فيه بالاستنابة اجماعاً ، وهل له ذلك في ما يمكنه مباشرته عادة ؟ قيل لا، لاصالة عدم الجواز والاقوى الجواز ، لقيامه مقام الولي في كل ماله مباشرته .

(الثانية) هل له أن يوصي الى غيره فيما كان وصياً فيه ؟ أما مع الاذن فجائز اجماعاً، ومع المنع لايجوز اجماعاً . والخلاف مع الاطلاق، فقال الشيخ في النهاية[1] والقاضي وابن الجنيد بالجواز وجعله في الخلاف رواية ، والظاهر أنها رواية الصفار عن العسكري عليه السلام ، فانه كتب اليه رجل كان وصي رجل فمات وأوصى الى رجل هل يلزم الوصي وصية الرجل الذي كان هذا وصيه ؟ فكتب عليه السلام : يلزمه بحقه ان كان له قبله حق انشاء الله تعالى[2] . وليست صريحة في المطلوب .

قال في النهاية : المراد بالحق حق الايمان[3] . وليس بشيء، بل الظاهر أن المراد بالحق الاذن في الايصاء .

وقال المفيد[4] والتقي وابن ادريس[4] بالمنع. وهو الاشبه، لاصالة منع التصرف في مال الغير الا باذنه ولم يحصل الاذن الا للاول، وهو غير مستلزم للاذن والا لكان اذا شرط عليه أن لايوصي مناقضة وليس .

قوله : ومن لاوصى له فالحاكم ولي تركته

١) النهاية : ٦٠٧ قال : واذا حضر الوصي الوفاة واراد ان يوصي الى غيره جاز له ان يوصي اليه بماكان يتصرف فيه من الوصية ويلزم الموصى اليه القيام بذلك .

٢) التهذيب ٢١٥/٩ ، الفقيه ١٦٨/٤ .

٣) لم اعثر عليه فيه بعد الفحص .

٤) المقنعة ١٠٣ ، السرائر ٣٨٤ .

هنا فوائد :

(الاولى) قال ابن الجنيد للام الرشيدة الولاية بعد الاب . وهو شاذ ، فلو أوصت كانت وصيتها في الولاية لاغية وفي غيرها من اخراج حق أوقضاء دين أوصدقة جائزة .

(الثانية) قال الشيخ من أوصى بالولاية على ولده وله أب كانت لاغية ، قيل ويحتمل صحتها في ثلث ماله ، لان له اخراجه فله التولية فيه لمن شاء . وليس بشيء . نعم لوأوصى باخراج حقوق أوقضاء ديون الى غيرأبيه جاز .

(الثالثة) قال الشيخ في النهاية[1] : اذا مات انسان من غيروصية كان على الناظر في أمور المسلمين أن يقيم له ناظراً ينظرفي مصلحة الورثة فان لم يكن السلطان الذي يتولى ذلك جاز لبعض المؤمنين أن ينظر في ذلك من قبل نفسه ويستعمل فيه الامانة ويكون فعله صحيحاً .

ومثله قال القاضي ، وقال ابن ادريس[2] : الصحيح أنه اذا لم يكن سلطان يتولى ذلك فالامرفيه الى فقهاء شيعته من ذوي الرأي والصلاح ، فانهم عليهم السلام قد ولوهم هذه الامور ، ولا يجوز لمن ليس بفقيه أن يتولى ذلك وان كان ثقة .

والحق أنه ان كان مراد الشيخ بالناظر في أمور المسلمين الامام المعصوم فالحق ما قاله ابن ادريس، وان كان مراده أعم اما هو أونوابه فيدخل الفقهاء فيهم وحينئذ نقول: مع عدم الفقيه أوعدم تمكنه من نصب ناظرفي أموال الايتام يجوز للثقة غيرالفقيه تولى ذلك حسبة .

واعلم أنه اذا كان الامر الى الحاكم فله نصب أمين اما دائماً أوفي وقت

---

١) النهاية : ٦٠٨ .

٢) السرائر : ٣٨٥ .

(الخامس) فى الموصى به ، وفيه أطراف :

(الاول) فى متعلق الوصية : ويعتبر فيه الملك .

فلا تصح بالخمر ولا بآلات اللهو . ويوصى بالثلث فمانقص .

ولو أوصى بزيادة عن الثلث صح فى الثلث وبطل الزائد .

معين أوشغل معين ، ويشترط عدالته وكفايته ، وللحاكم عزله واستبدال غيره متى شاء .

قوله : ويوصى بالثلث فما نقص ، ولواوصى بزيادة عن الثلث صح فى الثلث وبطل فى الزائد

هنا فوائد :

(الاولى) ان ماذكره من بطلان الزائد فيه مساهلة في العبارة ، بل كان ينبغي أن يقول وقف في الزائد على الاجازة لا أنه باطل .

(الثانية) انعقد الاجماع على ما ذكره المصنف ، ولم يخالف فيه أحد الا علي بن بابويه ، فانه قال ان أوصى بالثلث فهوالغاية فـي الوصية ، فان أوصى بماله كله فهوأعلم ومـا فعله ويلزم الوصي انفاذ وصيته ، ومستنده رواية عمار الساباطي عن الصادق عليه السلام[1] ، ورواية أخرى رواها ابنه في المقنع مرسلة .

وهذا قول باطل ، لانعقاد الاجماع على خلافه وانقراض القائل به. وأيضاً ضعف عمار، فانه فطحي ملعون . وكذاالثانية مع قبولهما التأويل ، فان الوصية بجميع المال جائزة لكن موقوفة على اجازة الورثة أوأنهاجائزة مع عدم الوارث حال الغيبة ـ كذا تأوله الصدوق. هذا مع انهما معارضتان بروايات كثيرة تبلغ التواتر .

---

١) الكافى ٧/٧ ، التهذيب ١٨٦/٩ ، الفقيه ١٤٩/٤ ، الوسائل ٣٧٠/١٣ .

فان أجاز الورثة بعد الوفاة صح ، وان أجاز بعض صح فى حصته .

وان أجازوا قبل الوفاة ففي لزومه قولان، المروى : اللزوم .

(الثالثة) ان الوصية كلما كانت أقل كان أفضل، فبالخمس أفضل من الربع وبالربع أفضل من الثلث، والثلث هوالغاية . كذا ورد عن علي عليه السلام[1].

وقال ابن حمزة : ان كانت الورثة أغنياء فبالثلث أولى ، وان كانوا فقراء فبالخمس أولى، وان كانوا متوسطين فبالربع. وليس له مستند في هذا التفصيل مع وجود النص على خلافه .

قوله : ولوأجازواقبل الوفاة ففى لزومه قولان المروى اللزوم

لاخلاف في اللزوم مع الاجازة بعد الموت ، واختلف في الواقع قبل الموت : فقال الشيخ[2] بلزومه لرواية محمد بن مسلم في الحسن[3] ومنصور بن حازم في الصحيح[3] ، وهومذهب ابن الجنيد ويفهم من اطلاق الحسن . وقال المفيد[4] لايلزم لعدم ملكهم حينئذ فاجازتهم كاجازة الاجنبى .

والاول أقوى ، وعليه الفتوى وتكفي مشارفة الاستحقاق . وأيضاً المعتبر في الاجازة مطلق الاستحقاق، والمنفي هوالاستحقاق في الحال. وهواستحقاق خاص فنفيه لايستلزم نفي المطلق ، ولهذا يجوز الابراء من الدين المؤجل وان

---

١) الكافى ٧/١١ ، التهذيب ٩/١٩٢ ، الفقيه ٤/١٣٦ ، الاستبصار ٤/١١٩ .

٢) فى النهاية : ٦٠٨ : فان اوصى بأكثر من الثلث ورضى به الورثة لم يكن لهم بعد ذلك امتناع من انفاذها لا فى حال حياته ولابعد وفاته .

٣) الكافى ٧/١٢، التهذيب ٩/١٩٣، الاستبصار ٤/١٢٢ ، الفقيه ٤/١٤٧ و١٤٨ .

٤) المقنعة ١٠٢ قال فيه : فان امضوه فى الحياة كان لهم الرجوع فيه بعد الموت وان امضوه بعد الموت لم يكن لهم الرجوع فيه بعد ذلك .

لم يستحقه المبرىء ، فحصل الفرق بينه وبين الاجنبي.

وهنا فوائد :

(الاولى) هل الاجازة مطلقاً تنفيذ لفعل الموصي أوابتداء عطية؟ الاكثر على الاول ، وقال بعض بالثاني . فتظهر الفائدة في مواضع :

« ١ » - افتقارها الى الايجاب والقبول على الثاني دون الاول .

« ٢ » - عدم الولاء للورثة على الاول في اجازة العتق وثبوته لهم على الثاني .

« ٣ » - لو كان المجيز مريضاً لايعتبر في اجازته خروجها من الثلث على الاول ويعتبر على الثاني . وقال العلامة : ومع ذلك اعتبر الخروج من الثلث في المريض ، وكأنهما متنافيان[١].

(الثانية) لو أجاز بعض دون بعض نفذ في قدر حصة المجيز دون صاحبه ، فلو كان له ابن وبنت وأوصى بالنصف فان أجازا فمن ستة وان ردا فمن تسعة ، وان أجاز واحد ضربت الوفق من احداهما - وهو الثلث - في الأخرى تبلغ ثمانية عشر ، وان شئت ضربت نصيب من أجاز في وفق مسألة الرد ونصيب من رد في وفق مسألة الاجازة .

(الثالثة) المعتبر بالثلث حين الوفاة لاحين الوصية ولا ما بين الحالتين ، فلو افتقر واستغنى فالاعتبار بحال وفاته لأنه حال استقرار الملك لكل من الوارث والموصى له .

قوله : ويملك الموصى به بعد الموت

---

١) فى الهامش : لعدم دخول ملك الموصى به فى ملك المجيز على التنفيذ واذا لم يدخل فى ملكه فكيف يعتبر الثلث فى حقه .

وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الأصاغر.

ولو أوصى بواجب وغيره، أخرج الواجب من الاصل والباقي من الثلث.

ولو حصر الجميع في الثلث بدىء بالواجب.

وقد تقدم الخلاف فيما به يحصل ملك الموصى به، وعبارة المصنف هنا يشمل الكل، لان تملكه بعد الموت أعم من أن يكون بالموت وحده أوبه وبالقبول اذ العام لاينافي الخاص.

حجة الاول: ان ملك الميت زال بالموت والوارث يتأخر ملكه عن الوصية للاية[1]، فلو لم يدخل في ملك الموصى له بقي بلا مالك، وهو محال.

وحجة الثاني: أن القبول اما سبب الملك أوجزء السبب أوشرطه، وعلى التقادير لايقع الملك قبله. ونمنع عدم ملك الميت، فانه يملك الدية لوقتل أو الصيد لووقع في الشبكة بعد موته، ولذلك يقضى منهما دينه والآية فيها اضمار أي وصية مقبولة.

قوله: وتصح الوصية بالمضاربة بمال ولده الاصاغر

هذا مدلول رواية خالد بن بكير الطويل قال: دعاني ابي حين حضرته الوفاة فقال: يابني اقبض مال اخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح واعطهم النصف وليس عليك ضمان. الى أن قال: فدخلت على ابي عبدالله عليه السلام فقصصت عليه قصتي فقال: أما فيما بينك وبين الله فليس عليك ضمان[2].

ومثله رواية محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن رجل

---

١) سورة النساء: ١١.

٢) الكافي ٧/٦١، التهذيب ٩/٢٣٦، الفقيه ٤/١٦٩، الوسائل ١٣/٤٧٨.

أوصى الى رجل بولده وبمال لهم فأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال ويكون الربح بينه وبينهم. فقال: لابأس به[1].

وعمل بذلك الشيخ في النهاية[2] الا أنه لم يقيد الورثة بالصغار بل قال: اذا أمر الموصي الوصي أن يتصرف في تركته لورثته ويتجر لهم بها ويأخذ نصف الربح كان جائزاً. وتبعه القاضي.

قال ابن ادريس[3]: الوصية لاتنفذ الا في ثلث المال قبل موته والربح تجدد بعد موته فكيف تنفذ وصيته فيه. قال: وفي الرواية نظر.

قال العلامة في المختلف[4] الوجه ماقاله الشيخ عملا بالرواية المناسبة للاصول فان العادة قاضية بهذه المعاملة فأشبه أجرة المثل.

قلت: لاشك أن ماقاله الشيخ صحيح، اذ الوصية بالمنفعة والانتفاع جائزة وهذه المسألة من ذلك القسم. الا أن التحقيق أن الوصية بالمضاربة ان كان فيها نوع محاباة، فالزائد عن المعتاد يكون من الثلث، كما أنه لو كان في العادة أن الحصة في مثل ذلك المال وفي مثل تلك التجارة تكون بالربح مثلا وأوصى الميت بالنصف فان الزائد يكون من الثلث، وان لم يكن فيها محاباة كانت جائزة مطلقاً، اذ لاضرر على الورثة في ذلك، والربح حصل بعمل الوصي العامل فليس مخرجاً من التركة حتى يكون معتبراً من الثلث مطلقاً.

ثم هنا فوائد:

---

١) الكافي ٦٢/٧، التهذيب ٢٣٦/٩، الفقيه ١٦٩/٤، وتمامه: من اجل ان اباه قد اذن له في ذلك وهو حي.

٢) النهاية: ٦٠٨.

٣) السرائر: ٣٨٤.

٤) المختلف ٦٣/٢.

ولو أوصى بأشياء تطوعاً ، فان رتبه بدىء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث ، وبطل مازاد .

وان جمع أخرجت من الثلث ووزع النقص .

(الاولى) الوصية المذكورة جائزة ولو كان العامل غير الوصي لكن بالشرط المذكور في مراعاة المحاباة .

(الثانية) لاشك أن الوصية المذكورة بمال الولد الاصاغر جائزة لمكان الولاية عليهم ، أما غير الاصاغر فيراعى الثلث من قدر رأس المال أوفي قدر المجعول، فأيهما اتفق من الثلث كان جائزاً .

(الثالثة) اذا كان الورثة صغاراً فالوصية نافذة ماداموا صغاراً، ومع البلوغ فلاتصرف الاباذنهم ، وان كانوا اكباراً وأطلق اعتبر صدق اسم المعاملة عرفاً، وان قيد بزمان اتبع مالم يستلزم زيادة على الثلث .

(الرابعة) في قول الصادق عليه السلام في رواية خالد « أما فيما بينك وبين الله فليس عليك ضمان »

(فائدة):هي جواز عمل الوصي بما يعمله اما لنفسه اولغيره وان لم يعلم به أحداً أما مع اظهار ذلك وعدم تصديق الوارث فلابد من البينة .

(الخامسة) المضاربة الواقعة من المالك في مرض موته يراعى فيها عدم المحاباة كما قلناه ، ومع المحاباة يراعى الثلث .

قوله : ولوأوصى باشياء تطوعا فان رتب بدىء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث وبطل مازاد ، وان جمع اخرجت من الثلث ووزع النقص

لاخلاف في أنه لوأوصى بواجب كحج أوزكاة أوخمس أودين انه يقدم مطلقاً ، وان تأخرعن المندوبات والتبرعات اما مع عدم الواجب والوصايا كلها

مندوبة وذكرت مرتبة فالمشهور الترتيب ، بأن يبدأ باخراج الاول فالاول حتى يستوفي الثلث ويقف الزائد على اجازة الوارث. والمستند في ذلك رواية حمران ابن أعين عن الباقر عليه السلام أنه سأله عن رجل أوصى عند موته اعتقوا فلاناً وفلاناً وفلاناً حتى ذكر خمسة فنظرت في ثلثه فلم يبلغ أثمان المماليك الخمسة التي أمر بعتقهم . قال : ينظر الى الذين سماهم ويبدأ بعتقهم فيقومون وينظر الى ثلثه فيعتق منه أول [من[1] سمى] ثم الثاني ثم الثالث ثم الرابع ثم الخامس، وان عجز الثلث كان ذلك في الذي سمى أخيراً لانه أعتق بعد مبلغ الثلث ما لايملك فلايجوز له ذلك[2].

واعلم أنه لافرق في ذلك بين أن يكون الترتيب بالفاء أوثم أوالواو، ولا خلاف في الاولتين، وقال بعضهم مع الواو لاترتيب بل هو جمع لانه كذلك لغة والأصح خلافه ، لدلالة الرواية المذكورة و الشرع ناسخ للغة .

هذا ، وقال ابن حمزة ان رتبهم في وقت واحد بواو العطف فهو كذلك، وان أعتق كل واحد في وقت ـ مثل أن يعتق واحداً غدوة والآخر ضحوة والاخر ظهراً وهكذا ـ ولم يخرج الجميع من الثلث ، فليس الحكم كذا بل يقدم الاخير .

وقال العلامة[3] : ان نص على التشريك قسم الموصى به عليهم بالنسبة لئلا يلزم مخالفة الوصية وتبديلها وهو منهي عنه ،والا قدم الاول فالاول .

---

١) في الكافي والتهذيب : « اول شيء » وكذا في الوسائل بزيادة « ذكر » .

٢) الكافي ١٩/٧ ، التهذيب ٢٢١/٩ ، الوسائل ٤٥٧/١٣ ، الفقيه ١٥٧/٤ .

٣) راجع المختلف ٥٧/٢ وفيه : والمعتمد ان نقول : ان نص الموصى على عدم التقديم للاول وامر بالتشريك قسم الموصى به عليهم بالنسبة وان لم ينص على ذلك قدم الاول فالاول ، لنا ان التنصيص على التشريك يوجب عدم التقديم . الى آخر ما قال .

والتحقيق[١] أن نقول: أما مع عدم اتحاد الوقت والعطف فلا كلام في الترتيب لان الظاهر أن الارادة واحدة مستمرة. وأما مع اختلاف الوقت وعلم الموصى بقدر ماله وقيمة ما أوصى به وقصور الثلث عن الملك وعلمه بأنه ليس له تصرف في الزائد على الثلث، فان القول ماقاله ابن حمزة، لان الظاهر أن مع العلوم المذكورة يكون الاخير منافياً للاول، فيكون رجوعاً عنه وتغييراً لارادة الاولى.

وهنا فوائد:

(الاولى) مع اشتباه الترتيب يقرع فيقدم ما تخرجه القرعة.

(الثانية) منطوق الرواية وان كان في العتق لكن حكمها شامل له ولغيره للاجماع.

(الثالثة) لوادعى أحدهم التقدم ولابينة فلا اعتبار بتصديق الوارث لاتهامه. نعم له على المنكر اليمين.

(الرابعة) اذا جمع بين الوصايا - بأن ينص على التشريك وعدم الترتيب اتبع ووزع النقص على الكل بالنسبة.

(الخامسة) لو علم الترتيب ثم نسي أرجىء التنفيذ لرجاء التذكر، فان أيس منه أقرع.

قوله: واذا اوصى بعتق مماليكه دخل فى ذلك المنفرد والمشترك

يريد أنه أمر وصيه بايقاع صيغة العتق، وحيث أن «مماليكه» جمع مضاف

١) فى الهامش: انما يتأتى هذا التحقيق مع الوصية بالعتق اما لو عتق اعتق الاول بلا توقف وقد صور ان قول ابن حمزة فى العتق والعلامة فى المختلف حكى قول ابن حمزة انه الوصية بالعتق لا العتق، ولعله من سهو القلم.

(الثانی) فی المبهمة : من أوصی بجزء من ماله ، كان العشر ، وفی رواية السبع ، وفی أخری سبع الثلث .

وقدتقرر فی الاصول أنه للعموم فيدخل المختص والمشترك ، لكن اذا أعتقت الحصة من المشترك هل يسري على المعتق مع احتمال الثلث للقيمة أم لا . قال الشيخ في النهاية[1] وتبعه القاضي نعم ، واحتج له العلامة[2] بأنه أوجد السبب ، اذ العتق في الحقيقة مستند اليه ولذلك كان ولاؤه له فيوجد المسبب وهوالسراية ولرواية احمد بن زياد عن الكاظم عليه السلام قال: ان كان ما له يحتمل ثم فهم احرار[3].

وقال ابن ادريس[4] لا لانه لايملك بعد موته شيئاً .

وهذا أقوى، ونمنع ايجاد السبب للسراية ان عنى التام، اذ من تمامه ايسار المعتق والفرض عدمه بعد الموت، وان عنى السبب الناقص فغيرنافع. والرواية لاتدل على المطلوب صريحاً، لاحتمال انصراف العتق الى ما يخصه، ضرورة أنه اذا لم يحتمل الثلث جميع عبيده المختصة والمشتركة لم تعتق الابقدر الثلث . نعم لو أوصى بعتق الباقي بعد شرائه من الشريك واحتمله الثلث وجب انفاذه .

قوله : من اوصى بجزء من ماله كان العشر ، وفى رواية السبع، وفى اخرى سبع الثلث

---

١) النهاية : ٦١٦ قال : واذا اوصى الانسان بعتق جميع مماليكه وله مماليك يخصونه ومماليك بينه وبين غيره اعتق من كان فى ملكه وقوم من كان فى الشركة واعطى شريكه حقه ان كان ثلثه يحتمل فان لم يحتمل اعتق منهم بقدر ما يحتمله.

٢) المختلف ٦١/٢ .

٣) الكافى ٢٠/٧ ، التهذيب ٢٢٢/٩ ، الفقيه ١٥٨/٤ ، الوسائل ٤٦٣/١٣ .

٤) السرائر، ٣٩٠ قال : والذى يقوى عندى انه لايقوم من فى الشركة بل يعتق

الاول قاله الشيخ في التهذيب والاستبصار وعلي بن بابويه استناداً الى رواية عبدالله بن سنان عن الصادق عليه السلام ، وفيها : ان الله أمر ابراهيم عليه السلام وقال «اجعل على كل جبل منهن جزء» وكانت الجبال عشرة[1]. ومثله رواية ابان ابن تغلب عن الباقر عليه السلام[2].

والثاني قول الشيخ[3] في المبسوط والنهاية والمفيد[4] وابن الجنيد وسلار والقاضي وابن حمزة ، استناداً الى رواية ابن ابى نصير صحيحاً قال : سألت ابا الحسن عليه السلام عن رجل أوصى بجزء من ماله فقال : واحد من سبعة ، ان الله يقول «لها سبعة أبواب لكل باب منهم جزء مقسوم»[5] . ومثله رواية اسماعيل ابن همام عن الرضا عليه السلام[6].

والثالث رواية الحسين بن خالد عن الكاظم عليه السلام[7].

والمصنف جزم بالاول ، لاصالة بقاء الملك على الورثة، خولف في العشر

منهم بقدر مايملكه ولا يعطى شريكه ثمن حصته وان كان ثلثه يحتمل ذلك لان بعد موته لايملك الثلث اذا لم يوص به لان الموت يزول به ملكه الا ما استثنى من ثلثه وهذا ما استثنى شيئاً .

١) التهذيب ٢٠٨/٩ ، الاستبصار ١٣١/٤ .

٢) التهذيب ٢٠٩/٩ ، الاستبصار ١٣٢/٤ .

٣) المبسوط ٨/٤ قال فيه : واصحابنا قالوا فى الجزء انه سهم من سبعة وقالوا ايضاً سهم من عشرة . وراجع النهاية : ٦١٣ وقال فيه : اذا اوصى الانسان بجزء من ماله ولم يبينه كان ذلك سبعاً من ماله ، وقد روى انه يكون العشر والاول اوضح .

٤) المقنعة: ١٠٣.

٥) الاية الشريفة : ١٥ من سورة الحجر ، والحديث فى التهذيب ٢٠٩/٩ ، الاستبصار ١٣٢/٤ .

٦) التهذيب ٢٠٩/٩ ، الاستبصار ١٣٢/٤ .

٧) التهذيب ٢٠٩/٩ ، الاستبصار ١٣٣/٤ ، الفقيه ١٥٢/٤ .

ولو أوصى بسهم كان ثمناً ،ولو كان بشيء كان سدساً .

للرواية فبقي الباقي على أصله . ولولا الرواية لحملناه على أقل ما يتمول ، كما لو أوصى بمثل نصيب أحد الورثة حمل على أقلهم نصيباً .

والعلامة جزم في القواعد[١] والارشاد بالثاني ، وفي المختلف[٢] بالاول . ويترجح هذا للنص القرآني[٣] على كونه سبعاً . والشيخ حمل السبع على الاستحباب، بمعنى أنه يستحب للورثة اعطاء ذلك لحصول يقين البراءة معه، وهو أيضاً جمع بين الروايات .

وهنا فوائد :

(الاولى) ان هذا الخلاف انما هو في الوصية، وأما في الاقرار فالتفسير الى المقر أو وارثه.

(الثانية) لو أضيف الجزء الى شيء كان حكمه كما ذكر ، كقوله جزء ثلثي أوجزء هذه الدار .

(الثالثة) لو قال بجزء جزء كان الموصى به اما عشر العشر أو سبع السبع .

قوله : ولو اوصى بسهم كان ثمناً ، ولو كان بشيء كان سدساً

أما الاول ففيه أقوال :

« ١ » ـ الثمن، قاله الشيخان[٤] وابن الجنيد والقاضي وسلار وابن ادريس[٤] لرواية السكوني عن الصادق عليه السلام[٥]. ومثلها رواية صفوان عن الرضا عليه السلام[٥].

---

١) القواعد ، المطلب الثاني في الأحكام المعنوية .

٢) المختلف ٥٣/٢ .

٣) اى للاية الشريفة : ٥٠ من سورة الحجر .

٤) راجع المقنعة : ١٠٣ ، النهاية : ٦١٣ ، السرائر: ٣٨٨ .

٥) الفقيه ١٥٢/٤ ، الكافي ٤١/٧ ، التهذيب ٢١٠/٩ ، الاستبصار ١٣٣/٤ .

ولو أوصى بوجوه فنسى الوصى وجهاً صرف فى البر . وقيل : يرجع ميراثاً .

« ٢ » ـ العشر ، لرواية طلحة بن زيد عن الباقر عليه السلام[1]. وطلحة ضعيف .

« ٣ » ـ السدس ، قاله الشيخ[2] في المبسوط والخلاف ، وبه قال علي بن بابويه .

« ٤ » ـ قال الصدوق في الفقيه[3]: ان قال سهم من سهام الميراث فالسدس والا فالثمن .

والاظهر الاول، ولذلك جزم به المصنف. وأما الثاني فلم أقف له على مستند اللهم الا أن يحمل على أسهم الخمس ، وفيه ما فيه .

قوله : ولو أوصى بوجوه فنسى الوصى وجهاً صرف فى البر، وقيل يرجع ميراثاً

الاول فتوى الشيخين[4] والقاضي وابن بابويه، واختاره المصنف والعلامة[5] وعليه الفتوى ، لمكاتبة الهادي عليه السلام الى محمد بن ريان[6]، ولانه قد علم خروجه عن ملك الوارث فلايعود الا بدليل، ولان الغالب قصد القربة فيصرف الى البر والالزم التبديل المنهي عنه ، وتعذر خصوصية لايستلزم تعذرغيرها .

١) التهذيب ٩ / ٢١١ ، الاستبصار ٤ / ١٣٤ .

٢) المبسوط ٤ / ٨ ، الخلاف ٢ / ٣١٠ وقال فى الاول : وفيه خلاف .

٣) الفقيه ٤ / ١٥٢ قال فيه : متى اوصى بسهم من سهام الزكاة كان السهم واحداً من ثمانية، ومتى اوصى بسهم من سهام المواريث فالسهم واحد من ستة .

٤) المقنعة : ١٠٣ ، النهاية : ٦١٣ .

٥) المختلف ٢ / ٥٩ .

٦) التهذيب ٩ / ٢١٤ ، الفقيه ٤ / ١٦٢ ، الكافي ٧ / ٥٨ .

ولو أوصى بسيف وهو فى جفن وعليه حلية ، دخل الجميع فى الوصية على رواية ، يجبر ضعفها الشهرة .

وكذا لو أوصى بصندوق وفيه مال ، دخل المال فى الوصية.

وكذا قيل : لوأوصى بسفينة وفيها طعام استناداً الى فحوى رواية .

والثاني قول ابن ادريس[١]، ونقله عن الشيخ في الحائريات ، قال ونعم ما قال وأجاب، فان كان على الرواية التي ذكرها في النهاية اجماع والا فالاولى أن تعود الباب المنسية ميراثاً . وفيه ضعف ظاهر .

قوله : ولو اوصى بسيف وهو فى جفن[٢]) وعليه حلية دخل الجميع فى الوصية على رواية تجبرضعفها الشهرة ، وكذا لواوصى بصندوق وفيه مال دخل المال فى الوصية ، وكذا قيل لواوصى بسفينة وفيها طعام استناداً الى فحوى رواية

أفتى بمضمون هذه الاحكام الشيخان[٣] وابن الجنيد وابن بابويه والتقي والقاضي، ومستندهم في ذلك أما في السيف والصندوق فرواية ابن ابى جميلة عن الرضا عليه السلام قال : سألته عن رجل أوصى لرجل بسيف وكان في جفن وعليه حلية فقال له الورثة انما لك النصل وليس لك المال . فقال : لابل السيف بما فيه له . قال : فقلت له : رجل أوصى لرجل بصندوق وكان فيه مال فقال

---

١) السرائر: ٣٨٩ قال : قال شيخنا فى جواب الحائريات اذا انسى الوصى جميع ابواب الوصية فانها تعود ميراثاً للورثة . فنعم ما قال واجاب رحمه الله فان كان على تلك الرواية اجماع والا فالاولى ان تعود الباب المنسية ميراثاً للورثة .

٢) الجفن : غطاء العين من اعلاها واسفلها ، وجفن السيف : غلافه .

٣) المقنعة : ١٠٣ ، النهاية : ٦١٣ .

الورثة انمالك الصندوق وليس لك المال . قال :فقال ابوالحسن عليه السلام: الصندوق بما فيه له[1].

وأما في السفينة فرواية عقبة بن خالد عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل قال : هذه السفينة لفلان ولم يسم ما فيها وفيها طعام أيعطاها الرجل ومـا فيها ؟ قال : هي للذي أوصى لـه بها الاأن يكون صاحبها متهماً وليس للورثة شيء[2].

« وابوجميلة » ضعيف كان يضع الحديث ، واسمه « المفضل بن صالح ». و« عقبة » لااعرف حاله. نعم قال العلامة في المختلف[3] لم يثبت عندي صحة شيء من هذه الروايات ، والمصنف وافق الجماعة في السيف والصندوق : أما أولا ضعف الرواية انجبر بالشهرة والعمل . وأما ثانياً فلقضاء العادة بأن الجفن يكون لصاحب السيف وكذا الصندوق يكون بما فيه لصاحبه .

وأما السفينة فكأنه يستضعف حكمها: أما أولا فلضعف الرواية لجهالة « عقبة ابن خالد » ، وأما ثانياً فلعدم دلالتها على الحكم صريحاً، فان قوله « هي للذي أوصى له بها » انما يدل على السفينة فقط بالمطابقة، وانما توهم دخول ما فيها في الحكم لفحوى الكلام لان السؤال وقع عما في السفينة لاعن نفسها ، وأما ثالثاً فلان الاكثر في العادة أن يكون ما في السفينة لغير صاحبها وتكون هي مستأجرة أومستعارة أومغصوبة .

اذا عرفت هذا فهنا فوائد :

---

١) الكافي ٧ /٤٤ ، التهذيب ٩ /٢١١ ، الفقيه ٤ /١٦١ .

٢) الكافي ٧ /٤٤ ، التهذيب ٩ /٢١٢ ، الفقيه ٤ /١٦١ .

٣) المختلف ٢ /٦٠ .

(الاولى) قال الشيخ في النهاية[1] بعد حكمه بدخول الاشياء المذكورة ما هذه عبارته : هذا اذاكان الموصى عدلا مأموناً، فان لم يكن عدلا وكان متهماً لم تنفذ الوصية في اكثر من ثلثه من الصندوق والسفينة والسيف والجراب وما فيها. وكأن منشأ حكمه هذا رواية « عقبة » المذكورة.

ونازع ابن ادريس في ذلك[2] . والحق معه ، لان العدالة غير معتبرة في الوصية مع أن الوصية لاتمضي في اكثر من الثلث سواء كان الموصى عدلا مأموناً أولا.واعتذر العلامة[3] للشيخ بأنه أراد بالوصية الاقراروانه اوصى بتسليم ذلك اليه لأنه ابتداء عطية .

(الثانية) قيد المفيد[4] الصندوق بكونه مقفلا والجراب بكونه مشدوداً والوعاء بكونه مختوماً ، وكذا الثقي .

(الثالثة) استشكل العلامة في المختلف[5] دخول هذه الاشياء ، لانها ليست أجزاء من المنسوبة اليه ولا لازمة لمعانيها ، وحكم بأنه ان وجدت قرينة حالية أو مقالية تقتضي دخول ما ذكر دخل والا فلا .

(الرابعة) النص قد عرفت أنه ورد في السيف والصندوق والسفينة ، وهل

---

١) النهاية : ٦١٤ .

٢) السرائر : ٣٩٨ قال : كان ... بما فيه للموصى له سواء كان الموصى عدلا او فاسقاً متهماً على الورثة اوغير متهم لانا لانراعي فيالموصي العدالة بل ثبوت العقل فاذا كان عاقلا تمضى وصيته فى ثلث ماله ولا تمضى فى اكثر من ثلث ماله سواء كان عدلا او فاسقاً . الى آخرما قال .

٣) المختلف ٦٠/٢ .

٤) المقنعة : ١٠٣ .

٥) المختلف ٦٠/٣ .

ولايجوز اخـراج الولد من الارث ولو أوصى الاب ، وفيه رواية مطرحة .

يعم الكيس والجراب والحقة والزبيل[1] وأمثال‌ذلك، وكذايعم‌المركب‌المحلى والسكين ذات القراب أم لا ؟ اشكال من الاقتصارفي‌المنصوص على محله ومن اطراد العلة .

قال ابن‌الجنيد: اذا أوصى بشيء يشتمل اسمه على أعيان متصلة به كان جميعه للموصى له . وعـد الامور المذكورة وزاد : اذا أوصى بدارلها روشن دخل ، ولوقال ما في‌الجوالق لم‌تكن الجوالق له . قال: وقال‌ابومحمد‌الحسن لو أوصى بضيعة ولها ماء من وادي كان الماء تبعاً للضيعة . ومثل ذلك قال القاضي وتابع الشيخ في القول بالعدالة كما تقدم .

(الخامسة) الحكم في الاقرار كالحكم في الوصية من غيرفرق. والحق فيه أيضاً العمل بالقرينة كما قاله العلامة .

قوله : ولايجوز اخراج الولد من الارث ولواوصى الاب ، وفيه رواية مطرحة

أما‌الاول فلانه مخالف للنص‌القرآني في‌قوله «يوصيكم‌الله في‌أولادكم»[2] ولانها وصية بخلاف المعروف . وأما الرواية فهي في كتاب‌الصدوق عن وصي علي بن السري قال : قلت لابى الحسن عليه السلام : ان علي بن السري توفي فأوصى الي . فقال : رحمه الله . قلت: وان ابنه جعفربن علي وقع على أم ولد له فأمرني أن أخرجه من الميراث ، فقال لي : اخرجه فان كنت صادقاً فيصيبه

---

١) الزبيل ككريم : المكتل وهو بكسر الميم : الزنبيل وهو ما يعمل من الخوص يحمل فيه التمر وغيره .

٢) سورة النساء : ١١ .

(الطرف الثالث) فى أحكام الوصية . وفيه مسائل :

(الاولى) اذا أوصى بوصية ثم عقبها بمضادة لها عمل بالاخيرة ولولم يضادها عمل بالجميع .

فان قصر الثلث ، بدىء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث .

خبل[1] . قال : فرجعت فقدمني الى ابى يوسف القاضي فقال له : أصلحك الله انا جعفر بن السري وهذا وصي ابى فمره فليدفع الي ميراثي. فقال : ما تقول فقلت : أريد أن أكلمك . قال : فادن ، فدنوت حيث لايسمع أحد كلامي فقلت له : هذا وقع على أم ولد لابيه فأمرني ابوه وأوصى الي أن أخرجه من الميراث ولا أورثه ، فأتيت موسى بن جعفر عليهما السلام بالمدينة فأخبرته وسألته فأمرني أن اخرجه من الميراث ولا أورثه شيئاً. فقال: الله ان ابا الحسن امرك. فقلت : نعم . فاستحلفني ثلاثاً ثم قال : انفذ ما أمرك به ابو الحسن فالقول قوله[2].

فحكم الصدوق بمضمونها اذا حصل الحدث المذكور والافلا. وقال الشيخ في الاستبصار انها مقصورة على الواقعة فلايتعدى .

ومنهم من خص العمل بها في الثلث، لان له التصرف فيه كيف شاء . والاولى البطلان، لان اخراجه أعم من الوصية لباقي الوراث، والعام غيرمستلزم للخاص، ولان القصد معتبر في الوصية وهنا لاقصد.

قوله : اذا أوصى بوصية ثم عقبها بمضادة لها عمل بالاخيرة ، ولولم يضادها عمل بالجميع، فان قصر الثلث بدىء بالاول فالاول حتى يستوفى الثلث

هذا الحكم مما لاخلاف فيه عند الاصحاب، الا أن تحريره بفرض مسائل ثلاث :

---

١) الخبل : الجنون وشبهه كالهوج والبله .

٢) الكافى ٦١/٧ ، التهذيب ٢٣٥/٩ ، الفقيه ١٦٢/٤ ، الاستبصار ١٣٩/٤ .

(الاولى) ما هومضاد اجماعاً كقوله « عبدي فلان لزيد » ثم يقول هو بعينه لعمرو ، أو يقول « ثلث مالي لزيد » ثم يقول الثلث الموصى به لعمرو ، أو يضيف الثلث الى نفسه لا الى المال كقوله « ثلثي لزيد » ثم يقول ثلثي لعمرو .

(الثانية) ماهو غير مضاد اجماعاً، كأن يقول «سدس مالي لزيد» ثم يقول سدس مالي لعمرو، أو يقول « عبدي قنبر لزيد » ثم يقول عبدي سعيد لعمرو ، ولم تزد قيمتهما عن ثلث ماله .

(الثالثة) مااختلف فيه ، كأن يقول « ثلث مالي لزيد » ثم يقول ثلث مالي لعمرو ، ولم ينص على أن الثلث الثاني هو الاول أو غيره . فقال الشيخ[1] في المبسوط والخلاف ان الثانية مضادة للاولى ناسخة لها ولم يفرق بينها وبين قوله « عبدي الذي أوصيت به لزيد اوصي الان به لعمرو » . وفي أن الثانية رجوع عن الاولى. قال : ومنهم من قال لايكون رجوعاً، وكأنه اشارة الى ابن الجنيد ويتفرع على الخلاف فرعان :

(الاول) لو أجاز الورثة يكون لكل واحد ثلث على القول الثاني اجماعاً لاالاول ، وقال الشيخ[2] لكل ثلث .

(الثاني) لورد الموصى له الاول فعلى قول الشيخ لاتأثير له لانها وصية باطلة بدون الرد، وعلى قول ابن الجنيد له تأثير. ولورد الثاني فعلى قول الشيخ لاوصية في البين لبطلان الاولى بالثانية وبطلان الثانية بالرد ، وعلى قول ابن الجنيد الاولى باقية الحكم .

اذا عرفت هذا فاعلم أن ابن ادريس[3] اختار قول الشيخ، محتجاً بأنه لايستحق

١) المبسوط ٤/٤٢ ، الخلاف ٢/٣١٧ .

٢) راجع المبسوط ٤/٤٢ .

٣) السرائر: ٣٨٥ .

من ماله بعدوفاته الاثلثه ، فاذا أوصى به لانسان ثم أوصى به لاخرفقدرجع عن الاول . ثم قال : أما اذا أوصى بعين ولم يقل بثلثي ثم أوصى بشيء آخر ولم يذكر الثلث ،فان مذهب اصحابنا أن يبدأ بالاول فالاول والنقص يلحق الاخير ، لانه ظن أن ثلثه يفي بالكل لأنه رجع عن الاول .

واختار العلامة[1] قول ابن الجنيد عملا بالاستصحاب وعدم المنافاة ، لانه لادلالة له الا المطابقة أوالتضمن أوالالتزام ، والثلاثة منتفية هنافالدلالة منتفية .

وأجاب عن قول ابن ادريس بأن كونه لايملك أزيد من الثلث غيرمناف لجواز الوصية بالزائد عنه ، فان مع اجازة الورثة تنفذ اجماعاً ، لان الاجازة ليست ابتداء عطية بل تنفيذ لفعل الموصى . قال : ولوسلم كونه لايملك أزيد من الثلث فكونه رجوعاً ممنوع ، لانه يعلم أن مع الاجازة تنفذ الوصية فيجوز أن يوصي مستنداً الى تجويز الاجازة . وفرقه[2] بين المطلق والمعين ضعيف ، الا أن يعلم اتحاد الثلث .

ثم ان العلامة استشكل قول الشيخ بأن مع الاجازة يكون لكل واحد ثلث فانه لوأوصى لزيد بشيء ثم رجع رجوعاً يقيناً وأجاز الورثة ثم يملك الموصي له ما أوصى به ، فكذا هنالو كان رجوعاً لكان الموصى له الاول ثم يملك شيئاً ولم تنفع الاجازة لانها تنفيذ ، فاذا رجع فكأنه لم يفعل .

ثم حكى عن الشيخ في المبسوط والخلاف ما يدل على رجوعه ، وهو قوله: لوأوصى لرجل بكل ماله ولاخربثلث ماله فأجاز الورثة أخذالاول جميع المال وسقط الاخر ، ولوبدىء بصاحب الثلث وأجازوا أعطي الاول الثلث وصاحب الكل الثلثين .

---

١) المختلف ٥٦/٢ .

٢) في ب : وتفريقه .

(الثانية) تثبت الوصية بالمال بشهادة رجلين ، وبشهادة أربع نساء ، وبشهادة الواحدة فى الربع .

وفى ثبوتها بشاهد ويمين تردد .

أما الولاية فلا تثبت الا بشهادة رجلين .

(الثالثة) لو أشهد عبدين له على أن حمل المملوكة منه ثم ورثهما

قوله : وفى ثبوتها بشاهد ويمين تردد

جزم في الشرائع[1] بثبوتها بالشاهد واليمين ، وجعل التردد في ذلك فى الوصية بالولاية . وهو كلام حسن موافق للقاعدة الشرعية من أن كلما هو مال أوالمقصود منه مال فانه يثبت بالشاهد واليمين ، فتردده هنا لاأعرف له وجهاً . نعم استشكل العلامة في القواعد[2] فيثبوت النصف أوالربع في شهادة الرجل الواحد من غيريمين من قيامه مقام امرأتين فيثبت النصف ، ومن أن الحكم بشهادة الواحدة هنا خلاف الاصل وحينئذ لولم يثبت بشهادته شيء لزم زيادة مرتبتها فيثبت الربع ، اذلاأقل من المساواة .

وأما تردده في الشرائع فينشأ من أن ذلك حكم شرعي فيقف على دليل وليس ، ولانه ليس مالا ولا يقصد به المال، ومن أنهارفاق وتيسيرفيكون مراداً للاية والحديث ، ولانه قد يستفيد مالاكما لو كان فقيراً ليأخذ الاجرة .

قوله : لو اشهد عبدين له على ان حمل المملوكة منه ثم ورثهما

---

١) الشرائع ١٥٧/١ قال فيه : وتقبل فى الشهادة بالمال شهادة واحد مع اليمين اوبشاهد وامرأتين . الى ان قال : ولا تثبت الوصية بالولاية الا بشاهدين ولا تقبل شهادة النساء فىذلك وهل تقبل شهادة شاهد مع اليمين فيه تردد واظهره المنع .

٢) القواعد ، الفصل الخامس فيما به تثبت الوصية .

غير الحمل فأعتقا فشهــدا للحمل بالبنـوة صح وحكم له . ويكره له تملكهما .

(الرابعة) لاتقبل شهــادة الوصى فيما هو وصى فيه ، وتقبل للموصى فى غير ذلك .

(الخامسة) اذا أوصى بعتق عبده ،أو أعتقه عند الوفاة وليس له سواه انعتق ثلثه .

ولو أعتق ثلثه عند الوفاة وله مال ، أعتق الباقى من ثلثه .

غير الحمل فأعتقا فشهدا للحمل بالبنوة صح وحكم له وكره له تملكهما

هذه المسألة مبنية على حكم شهادة العبد هل هي مقبولة أم لا ؟ ولما كان ذلك البحث يأتي فـي باب الشهادات وكلنا ذكرها الى ذلك الباب وسيأتي انشاءالله تعالى .

قوله : لاتقبل شهادة الوصى فيما هووصى فيه وتقبل للموصى فـى غير ذلك

لاخلاف في قبولها فيما ليس له فيه ولاية ، أما ماله فيه ولاية تقبل ـ كما لوشهد بمال اليتيم ـ فالمشهور عدم القبول .وقال ابن الجنيد تقبل ،ودفع بأنه متهم بالالوية على المال .

قال الشهيد : وفي تأثير هذه التهمة نظر ، وخصوصاً في حال لا أجرة له على حفظه .

قلت: منشأ النظر من أن الولاية تابعة للملك فليست مقصودة بالذات، ولانها قد لاتبقى بعدالاستيفاء فهي كشهادة الغرماء للمديون قبل الحجر ، ومن أن التابع مساو لمتبوعه وظاهر الفتوى عدم القبول .

قوله : ولواعتق ثلثه عند الوفاة وله مال اعتق الباقى من ثلثه

ولو أعتق مماليكه عند الوفاة أو أوصى بعتقهم ولا مال سواهم أعتق ثلثهم بالقرعة .

ولو رتبهم أعتق الاول فالاول حتى يستوفى الثلث ، وبطل ما زاد .

(السادسة) اذا أوصى بعتق رقبة ، أجزأ الذكر والانثى ، الصغير والكبير .

ولو قال : مؤمنة لزم ، فان لم يجد أعتق من لايعرف بنصب .

الضمير في ثلثه الاول عائد الى العبد قطعاً وفي ثلثه الاخير فيحتمل امرين :

« ١ » - عوده الى المال ، ولا كلام فيه ، وهو الظاهر في العبارة . ومعناه ان الباقي من العبد معتق كله ان وسعه الثلث والاعتق منه بقدر تمام الثلث شيء بالمباشرة وشيء بالسراية بناء على أن التبرعات الواقعة في مرض الموت من الثلث ، ولو قلنا انها من الاصل عتق كله ثلثه بالمباشرة وثلثاه بالسراية .

« ٢ » - عوده الى العبد كما قال بعض الفضلاء . وفرع عليه أنه ان قلنا ان التبرعات من الاصل فلا كلام في عتق الباقي بالسراية ، وان قلنا انها من الثلث روعي في الباقي ما تقدم .

وفي هذا الاحتمال نظر :

أما أولا : فلان ثلثه انعتق قطعاً بالمباشرة فلم يبق منه شيء حتى يحكم عليه بالعتق ، أي من العبد لاما ذكر .

وأما ثانياً : فلان رأي المصنف هنا ليس هو اعتاق الباقي مطلقاً بل من الثلث لاغير ، والباقي بعد الثلث موكول الى العبد ان شاء سعى في فكه وان شاء بقي متبعضاً كما يجيء .

قوله : فان لم يجد اعتق من لايعرف بنصب

ولو ظنها مؤمنة فأعتقها ، ثم بانت بخلافه أجزأت .

(السابعة) اذا أوصى بعتق رقبة بثمن معين ، فان لم يجد توقع ، وان وجد بأقل أعتقها ودفع اليها الفاضل .

قيل في تعريف الناصب[1] وجوه :

« ١ » - انه الخارجي الذي يقول في علي عليه السلام ما قال .

« ٢ » - انه الذي ينسب الى أحد المعصومين عليهم السلام مايثلم العدالة .

« ٣ » - من اذا سمع فضيلة لعلي عليه السلام أو لغيره من المعصومين أنكرها .

« ٤ » - من اعتقد أفضلية غير علي عليه السلام عليه .

«٥» - من سمع النص على علي عليه السلام من النبى صلى الله عليه وآله وسلم أوبلغه تواتراً أوبطريق يعتقد صحته فأنكره .

والحق صدق النصب على الجميع ، أما من يعتقد امامة غيره للاجماع أو لمصلحة ولم يكن من أحد الاقسام الخمسة فليس بناصب ، والمرتضى رحمه الله وابن ادريس أطلقاه على غير الاثني عشرية .

---

١) فى المجمع : والنصب ايضاً المعاداة ، يقال نصبت لفلان نصباً اذاعاديته ومنه الناصب وهوالذى يتظاهربعداوة اهل البيت اولمواليهم لاجل متابعتهم لهم.وفى القاموس: والنواصب والناصبية واهل النصب المتدينون ببغضة على عليه السلام لانهم نصبوا له اى عادوه . وقال ايضاً فى المجمع : اختلف فى تحقيق الناصبى فزعم البعض ان المراد من نصب العداوة لاهل البيت عليهم السلام وزعم آخرون انه من نصب العداوة لشيعتهم وفى الاحاديث ما يصرح بالثانى فعن الصادق عليه السلام انه ليس الناصب من نصب لنا اهل البيت لانه لاتجد رجلا يقول انا ابغض محمداً وآل محمد ولكن الناصب من نصب لكم وهو يعلم انكم تولونا وانتم من شيعتنا .

(الثامنة) تصرفات المريض .

ان كانت مشروطة بالوفاة فهي من الثلث ، وان كانت منجزة وكان فيها محاباة وعطية محضة فقولان ،أشبههما : أنها من الثلث.

قوله : تصرفات المريض ان كانت مشروطة بالوفاة فهي من الثلث وان كانت منجزة وكان فيها محاباة اوعطية محضة فقولان اشبههما انها من الثلث

شرح هذا الكلام يتبين بمسائل :

(الاولى) أنه لاخلاف أن كل تصرف علق بالوفاة فانه من الثلث .

(الثانية) لاخلاف أنه اذا بریء المريض فان تصرفاته لازمة من الاصل وأنه لاخيارله ولالورثته فيها وان مات في مرض آخر .

(الثالثة) أنه لاخلاف في صحة بيع المريض جميع تركته بثمن مثلها أوبحيث لاغبن عرفاً .

(الرابعة) كل حالة ليست مرضاً وان كانت مخوفة كحال المراماة وطلق المرأة وهيجان البحر والتحام الحرب فانه لاحكم فيها ، لكون الحكم منوطاً بوصف المرض فلايكفي وجود الحكم بدونه ، كما لولم يثبت القصر في الحضر من غيرخوف وان حصلت المشقة ، وكذا لووجد المرض وانتفت الحكمة ، كما لولم يكن له وارث فان الحكم أيضاً ثابت .

(الخامسة) هل يشترط في المرض كونه مخوفاً غالباً أويكفي حصول الموت فيه وان لم يكن مخوفاً . قال في المبسوط[1] بالاول ، لما فهم من رواية ابن يقطين[2] من قوله « عند الموت » ، وذلك لايكون الا بأمارات الموت . وقال

---

١) المبسوط ٤٣/٤ .

٢) لعل مراده الرواية التى اخرجها الشيخ فى التهذيب فى الزيادات ٢٤٢/٩ عن

المصنف والعلامة[1] بالثاني . وهوالحق للعموم في لفظ الروايات فيعم الحكم ودلالة المفهوم ضعيفة مع أن ذكربعض افراد العام لاتخصيص[2].

(السادسة) محل الخلاف في التبرعات المحضة كالهبة والوقف والاسكان وأمثال ذلك ،أوماكان فيه محاباة كبيع الشيء بأقل من قيمته عرفأبحيث يوجب خيار الغبن أوالشراء للشيء بأكثر من ثمنه كذلك لاغير .

اذا عرفت هذا فنقول : قال الشيخان في النهاية والمقنعة والقاضي وابن ادريس تلك التصرفات من الاصل ولاخيار للورثة فيها ، لوجوه :

(الاول) أصالة الجواز .

(الثاني) قوله صلى الله عليه وآله وسلم: الناس مسلطون على أموالهم[3].

(الثالث) لولا صحتها من الاصل لما لزمت بالبرء ، والتالي باطل فكذا المقدم .

(الرابع)رواية عمار: الرجل أحق بماله مادام فيه الروح ان أوصى به كله فهوجائز[4].

(الخامس) رواية سماعة عن ابى بصيرعن الصادق عليه السلام قال : قلت له : الرجل يكون له الولد أيسعه أن يجعل ماله لقرابته ؟ قال : هوماله يصنع به ماشاء الى أن يأتيه الموت ، ان لصاحب المال أن يعمل بماله ما شاء مادام حياً

على بن يقطين قال :قال سألت ابا الحسن عليه السلام‌ما للرجل من ماله عند موته؟ قال الثلث والثلث كثير .

١) المختلف ٦٦/٢ .

٢) اى لاتخصيص له .

٣) البحار ٢٧٢/٢ .

٤) الكافى ٧/٧ ، التهذيب ١٨٧/٩ ، الفقيه ١٥٠/٤ ، الاستبصار ١٢١/٤ ، الوسائل ٣٧٠/١٣ .

ان شاء وهبه وان شاء تصدق به وان شاء تركه الى ان يأتيه الموت، فان أوصى به فليس له الا الثلث الأن الفضل في أن لايضيع من يعوله ولايضر بورثته[1].

وفيه نظر ، اذالاصل يعدل عنه للدليل ، والعموم مخصوص ، ولايلزم من الصحة اللزوم .

ان قلت : لولاصحتها في الحال لما لزمت بالبرء. قلت : جاز كون الموت كاشفاً عن الفساد والبرء كاشفاً عن الصحة، والروايتان ضعيفتان لفساد عقيدة عمار فانه فطحي وسماعة فانه واقفي .

وقال الشيخ[2] في المبسوط والخلاف وابن الجنيد والصدوق هي من الثلث واختاره المصنف والعلامة[3] ، لوجوه :

« ١ » ـ ان حكمة حصر الوصية في الثلث موجودة هنا وهو الأضرار بالورثة فوجب اتحاد الحكم فيها لئلا تختل الحكمة .

« ٢ » ـ لولا ذلك لالتجأ كل من يريد اضرار ورثته الى المنجزات في مرضه فتفوت فائدة حصر الوصية في الثلث .

« ٣ » ـ الروايات كرواية علي بن عقبة عن الصادق عليه السلام في رجل حضره الموت فأعتق مملوكاً ليس له غيره فأبى الورثة أن يجيزوا ذلك كيف القضاء فيه؟ قال: مايعتق منه الاثلثه، وسائر ذلك الورثة أحق بذلك ولهم ما بقي[4] .

---

١) الكافي ٨/٧ ، التهذيب ١٨٨/٩ ، الفقيه ١٤٩/٤ ، الاستبصار ١٢١/٤ . قال في الوافي: يعني انما الفضل في مثل هذه الميراث التي هي مظان الفضل من الهبة والصدقة والوصية بالثلث اذا لم تتضمن ضياع العيال وضرار الورثة فاذا تضمن شيئاً من ذلك فلا فضل فيه بل هو حرام كمامر وجاز للوصي رده الى الحق .

٢) المبسوط ٤٣/٤ ، الخلاف ٣١٢/٢ .

٣) القواعد ، الفصل الثالث في تصرفات المريض ، المختلف ٦٢/٢ ، ٦٦ ، ٦٩ .

٤) التهذيب ١٩٤/٩ ، الاستبصار ١٢٠/٤ . واخرجه ايضاً في التهذيب ٢١٩/٩ بطريق آخر عن عقبة بن خالد عن ابي عبدالله عليه السلام الا انه ليس فيه « وساير ذلك

أما الاقرار للاجنبي فان كان متهماً على الورثة فهو من الثلث. والا فهو من الاصل .

وللوارث من الثلث على التقديرين .

ومنهم من سوى بين القسمين .

وعن ابي ولاد قال : سألت الصادق عليه السلام عن الرجل يكون لامرأته عليه الدين فتبرئه منه في مرضها. قال : بل تهبه له فيجوزهبتها له ويحتسب ذلك من ثلثها ان كانت تركت شيئاً[1].

وعن علي بن يقطين عن الكاظم عليه السلام[2] . والفتوى على هذا .

قوله : اما الاقرارللاجنبي فان كان متهماً على الورثة فهومن الثلث والا فهومن الاصل وللوارث من الثلث على التقديرين ، ومنهم من سوى بين القسمين

هنا أقوال :

(الاول) قول الشيخ في النهاية[3] انه مع التهمة تكون من الثلث ومع عدمها

الورثة احق بذلك ولهم مابقى » وفى نسخة عندنا من الاستبصار بزيادة « للورثة » بين « ذلك – و ـ الورثة » فيكون هكذا : وساير ذلك للورثة والورثة احق بذلك ولهم مابقى.

وبهامشها :لفظة « للورثة » ليست في التهذيب وعلى تقدير وجودها يحتمل ان يكون كلاماً مستأنفاً استفهاماً ويكون الاشارة راجعة الى الاباء ويحتمل ان يكـون متعلقاً بالقضاء فتأمل .

١) التهذيب ٩/١٩٥ ، الاستبصار ٤/١٢٠ .

٢) التهذيب ٩/٢٤٢ .

٣) النهاية : ٦١٨ قال : فان كان غير موثوق به وكان متهماً طولب المقر له بالبينة فان كانت معه بينة اعطى من اصل المال وان لم يكن معه بينة اعطى من الثلث ان بلغ ذلك فان لم يبلغ فليس له اكثرمنه .

(التاسعة) أرش الجـراح ودية النفس ، يتعلق بهما الديون والوصايا كسائر أموال الميت .

يكون من الاصل ، سواء كان المقرله وارثاً أواجنبياً استناداً الى رواية منصور ابن حازم عن الصادق عليه السلام قال :سألته عن رجل أوصى لبعض ورثته ان له عليه ديناً. فقال : ان كان الميت مرضياً فاعطه الذي أوصى له[1] . وتبعه القاضي

(الثاني) قول المفيد[2] انه مع التهمة لم يقبل اقراره مطلقاً ومع عدمها يكون من الاصل ، سواء كان المقرله وارثاً اوأجنبياً .

(الثالث) قول سلار وابن ادريس[3] انه مـن الاصل مطلقاً ، أي لوارث كان أولغيره متهماً أوغيرمتهم ديناً كان المقربه أوعيناً ، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم : اقرارالعقلاء على أنفسهم جائز[4] . ووقع الاجماع على عمومه .

(الرابع) قول المصنف رحمه الله، وهوأنه من الثلث ان كان لوارث متهماً أوغيرمتهم ، وان كان لاجنبى فمع التهمة من الثلث ومع عدمها من الاصل . ولم يعرف له قائلا غيره ،وكأنه نظرفي طرف الوارث الى رواية اسماعيل بن جابر عن الصادق عليه السلام : عن امرأة استودعت رجلا مـا لا فلما حضرها الموت قالت لـه ان المال الذي دفعته اليك لفلانة فماتت المرأة فأتى أولياؤها

---

١) الكافى ٤١/٧ ، التهذيب ١٥٩/٩ ، الاستبصار ١١١/٤ ، الفقيه ١٧٠/٤ .

٢) المقنعة : ١٠١ ، باب الاقرار فى المرض .

٣) السرائر: ٣٩١ قال: ويكون ما اقر به من اصل المال سواء كان عدلا اوفاسقاً متهماً على الورثة اوغيرمتهم وعلى كل حال سواء كانت مع المقرله بينة اولم تكن لاجماع اصحابنا المنعقد ان اقرارالعقلاء جائز فيما يوجب حكماً فى شريعة الاسلام .

٤) الوسائل ١٣٣/١٦ وقال : وذكر جماعة من علمائنا فى كتب الاستدلال عن النبى صلى الله عليه وآله وسلم انه قال : اقرار العقلاء على انفسهم جائز، وظهور هذا الكلام يشعر ان هذا ليس فى كتب الحديث .

الرجل فقالوا له انه كان لصاحبتنا مال لانراه الاعندك فاحلف لنا مالنا قبلك شيء أيحلف لهم ؟ قال : ان كانت مأمونة عنده فليحلف وان كانت متهمة فلايحلف ويضع الامر على ما كان فان لها من مالها ثلثه(١).

وهنا فوائد :

(الاولى) قول المصنف « ومنهم من سوى بين القسمين » يحتمل أن يكون اشارة الى قول الشيخ أنه لافرق بين الوارث والاجنبي، والى قول ابن ادريس لافرق بين التهمة وعدمها ، وان يكون اشارة اليهما معاً ، فان العبارة محتملة للجميع .

(الثانية) المراد بالتهمة هو العلم أوالظن المتآخم له بقرينة حالية أومقالية بارادة تخصيص المقر له دون الوارث ، وانه ليس الاقرار على ما هو في نفس الامر .

(الثالثة) لاخلاف أيضاً في نفوذ الاقرار المذكور لووقع في الصحة ثم عرض الموت ومات فيه ، وكذا لوبرأ ثم مات في غيره .

(الرابعة) لو اختلف في التهمة فادعاها الوارث وأنكرها المقر له فالاصل عدمها فعلى المدعى لها البينة وعلى المنكر اليمين مع عدمها .

(الخامسة) يكفي يمين المقر له أنه لايعلم التهمة لأنها ليست حاصلة في نفس الامر ، لابتناء الاقرار على الظاهر وتجويز حصول السبب المقتضي لثبوت الاستحقاق .

* * *

وليكن هذا آخر المجلد الاول من « التنقيح الرائع » وسيأتي في المجلد

---

١) الكافي ٤٦٢/٧ ، التهذيب ٢٩٤/٨ ، الفقيه ١٧٠/٤ ، الاستبصار ١١٢/٤ كلهم اخرجوها عن عبدالله بن مسكان عن علاء بياع السابرى عن الصادق عليه السلام .

الثاني كتاب النكاح انشاء الله تعالى، ونسأل الله التوفيق لاتمامه واكماله بمحمد وآله . وكتب في ليلة التاسع والعشرين من شهر رمضان من سنة أربع عشر وثمانمائة على يد مصنفه العبد المقداد بن عبد الله السيوري عفا الله عنه بمنه وكرمه . والحمد لله وحده ، والصلاة على محمد وآله الطاهرين .

فهرس الكتاب

(كتاب التجارة ٣ ـ ١٦٢)

(كتاب الوقوف والصدقات والهبات ٢٩٩ ـ ٣٤٦)

(كتاب السبق والرماية ٣٤٧ ـ ٣٥٧)

(كتاب الوصايا ٣٥٨ ـ ٤٢٨)

